Ex Catalogo Librorum Eremi Varsav. P.P. Camaldulen.



ASSERTIONES
DE DISPOSITIONIBUS LUCRATIVIS,
PROMISSIONE, DONATIONE, SUCCESSIONE,
EX IURE NATURALI ET POSITIVO DEPROMPTAE, ET PRO SUPREMA LAUREA DOCTORATUS THEOLOGICI IN CATHOLICA ET ELECTORALI UNIVERSITATE INGOLSTADIANA,

PROMOTORE
CHRISTOPHORO HAUNOLDO SOC. JESU,
SS. THEOLOGIÆ DOCTORE ET PROFESSORE ORDINARIO,
Pridie Doctoratûs disputatæ
A
JOANNE CASIMIRO STECZEWICZ, PHILOS: ET JURIS DOCTORE, SS. THEOLOGIÆ LICENT. PRÆPOSITO SBASZYNENSI.
In Auditorio Canonist. VI. August. 1657.

INGOLSTADII, Typis Ederianis, excudebat JOANNES OSTERMAYR.

IL

Ac

A

LI

Arch

gato

pr

tudin

quadr

re Th

debito

dem e

cum

ILLUSTRISSIMO PRINCIPI
Ac Reverendissimo Domino,
Domino

ANDREÆ COMITI DE LESZNO LESZCYNSKI

Archiepiscopo Gneznensi, Legato Nato, Regni Poloniæ Primati, primóque Principi, Domino & Benefactori colendissimo.

DVm lituos in sinu suo Mars Lechicus inflat, mea Lituo Illust.ma ac Rev.ma Celsitudinis Tuæ approperat cum suo ultra quadriennium laboris molimine litare Theologia. Dudum debuerat, utpote debitorum plurimorum rea, sed Coronidem expectavit: immò auebat, ut unà cum castrensibus in Patriâ Bellonæ

Lauris Academicas necteret Laureas.

Illinc, quò me cum Sanguine tuo, tanquam desiderijs & votis omnium satisfacturus, Ill.^me Princeps, expedivisti, ad omnis pietatis & doctrinæ Asylum, quod ipsa Illust.^ma Celsitudo Tua cum dulcissimâ hodie usque omnium memoriâ excoluit, laborum meorum Corona Capiti Tuo, vel satiùs Annulo cedit, ut utrinque corollarium & Corollam sumat. Tui affectum Penates Boici habebant: altissimam Virtutem Pharum conspexerant, ut jam Canonici: & perenniùs conservandũ, annalibus inserverunt pretiosum in archivo nomen: me, ut publico applausu Illust.^mum ac Rev.^mum Archiepiscopum, Primatem, & Principem revocarem, stimulârunt.

Quidni studia mea, & quidquid valeo,

leo, immò me ipsum Illust.^{ma} *Celsitudini debeo: cui Respublica salutem, Patria incolumitatem, Cives prosperitatem, subditi amorem se debere profitentur omnes. Ecclesia DEI, Domus veneranda Omnipotentis, Domum Ill.*^{mam} *Tuam, & Te ipsum, Ill.*^{me} *Princeps Aedilem suorum fatebitur thronorum. Memoro VVarszaviam, & admiror Illust.*^{ma} *Celsitudinis Tuae (quidquid clades insana praeoccupârit, & everterit hostium) omnium celebratam ore munificentiã: nescio, an Tu Cœlitibus, an Cœlites Tibi vota debeant sua. Revoco Posnaniam Lechiae antiquioris Emporium amplissimum, & stupeo in Collegio PP. Societatis, vastissimae bases Basilicae per Sororem tuam Illust.*^{mam} *Succamerariã Inouloslaviensem, Dominam & Benefactricem meam gratiosissi-*

tiosissimam positas in Cœlum attolli, interpellati laboris in hostes vindictam clamare. Illius bases Basilicæ, quam tantorum virorum pietas & doctrina Cœlo facit associatam. Quotquot eam lectissimæ juventæ lustrabunt cohortes, pullulabunt illustrata æterni nominis Mausolea. Grandem murorũ sequitur molem, quia æternam famam Domûs Illustrissimæ, etiam ipsis Atlantis humeris opus prægrande latura. Sic in Domo Tuâ hospitari videtur per Poloniam Christus. Hunc olim Paradiso exceptũ (Monasterium huius nominis celeberrimum in confinijs Silesiæ volo) hospitalis Ceres & humanitas summa pro maiestate non sinit tractare. Novus per Tuos Vieniavios plantatus arrisit magis, quàm primus Cœlitibus Paradisus, vbi omnia eorum

Monu-

Monumentis repleta. Domũ Illuſtriſſimam, vel Paradiſi Mundum, vel Mundi Paradiſum ſæpiùs exiſtimavi.

Sunt alia, quæ me Capiti litare permovêre Tuo: Labor cum Providentia in ſalute promovendâ Patriæ, in meâ, non minùs admirandus. Palpamus hæc, quod LESZCZYNIOS *veluti de Superûm Hierarchiâ Sacrâ, Theologicâ paraphraſi Angelos, vulgatâ Nuntios, aut Legatos habeamus. Non mirum, Circulo, qui Capiti Gentilitio affixus Tuo, etiam maximos in ſalutem conſervandam Patriæ trahi: cùm Reipublicæ integritas & ſalus capiti tanto inniti, & illo ſtabiliri credatur.*

Cuſtodes inſomnes (armatos verò tua arma ferunt) quos vigiles muro Chriſtianitatis appoſui, exhorreſcit quiſquis innocuæ inhiat fortunæ. Re-

Eti arbitri judicant omnes, quod, nisi hi fuissent, & sic sepivissent, omnes e numero nostrûm perijssent: cum fortunis amißis extremum maneret infortunium omnes. Fortitudo, quæ quondam inprimis Gentilitij huius capitis Heroibus hæsit, dum Bisontem captivarent vimine; etiam in præsentibus conspicitur posteris, qui neminem, quem non vincant, habent.

Quid mirũ? si, quod membra capiti in corpore, hoc ego omnes illi debere assero. Hîc cornucopia, de qua, quotquot egent, Xenia tenent. Multos eius de cerebro prognatos veneratur Patria Ioues. Sphæra Aeternitatis symbolum notat: quòd ex ea haurire licet, nunquã exhaurire. Certè annulus est, quo Religio Sacro-sanctæ Romanæ Ecclesiæ Deo, amor Patriæ, salus Civibus, in Domo tua desponsata.

Inter

Inter tot incisorum fœderati vinculi scissuras, non potui non floridum depinxisse Regnum, quia vel eo Primate stare conspicitur. Et quid non floret, ubi caput Principis laborat? Non exultet rapidus in perniciem hostis, habet extra & intra, quibus fulciat Lechia Regnum.

Lætabatur, Ill.me Princeps, te Canonico suæ Ecclesiæ Divus Stanislaus: Episcopum nitebatur habere: sed Adalbertus Archiepiscopum evicit: in primâ Regni Vrbe deposuit. Confluunt ad Te catervatim omnes: ne mirêre, Caput es, Nidum Patriæ tenes: apud te salutem nostram inquirimus: Patrem Patriæ appellamus: Archiepiscopum imploramus.

Dies me deficeret, si recensere vellem Tua, ac Domûs Illust.mæ Tuæ in me

Bene-

Benefacta. Suscepisti me Illust.ᵐᵉ Princeps munificentissimè, ad primum ingressum necdum meritum, ditâsti muneribus. Humanitate plus quàm Principis, advenam, peregrinum, exulem de Russiæ ac montium latebris, profugum excepisti. Prima in Skirneviciana Residentiâ, quæ aperuit aditum ad osculum dexteræ Illust.ᵐᵉ Celsitudinis Tuæ, æternùm stimulabit meminisse hora: aurea illa fuit, quia auro donatus sum. Suscepisti me, inquam, Illustr.ᵐᵉ Princeps, & etiamnum literis sæpiùs datis tuum sub protectione, gratiâ, & munificentiâ tuâ confirmâsti.

Quid de Illust.ᵐᵒ ac Rev.ᵐᵒ Episcopo Culmensi & Pomesaniæ, fratre Tuo, Benefactore meo colendissimo loquar? quem Romulei rapuêre fasces,

quia

quia Poloniæ inviderunt: honorare maluerunt, è bello avocârunt, ut Cælo Pontificem confirmarent. Huius quæ in me propensio? qui intimum appellare, & habere voluit. Proh superi quæ mea spes cum eo ruit! Divinus ille harum Laurearum vates, me ne cogitantem aureo Ratisbonæ donavit sub ipsa Comitia Imperij torque: Doctorem fieri mandavit: sic catenatus tum illi, tum Illustrißimæ Domui Obstrictißimus esse debui Tuæ. Quid dicam de Illustrißimo Palatino Posnaniensi? Quid de Lenciciensi? Quid de alijs huius Domûs Proceribus? quorum humanitas, & benevolentia emori non potest. Fortunam meam in Domo LESZCZYNIANA *beatam!*

Nec

Nec transire, nec transilire possum, quàm solicitè nuper, ubi inter Palladis Castra hîc moror ad Istrum, Illustrissima Soror Tua, Succameraria Inouloslauiensis, Domina & Benefactrix mea Gratiosissima, Præposituram Ecclesiæ Sbaszynensis suæ collationis mihimet conferre, promovere, & insuper devastatam per manus hostium, ornare, vestire conata. Sic sanè Illustrissima Domus Tua scit etiam minùs meritos ligare, ut se sentiant æternùm illi obligatos, quod & mea cum Ecclesiâ Zbaszynensi testabitur desponsatio.

Quare advolutus pedibus Illustrissimæ Celsitudinis Tuæ hoc, qualequale, in peregrinatione elaboratum, quasi itinerarium debiti servitij mei, dedico Illust.^me Celsitudini, Domino & Benefactori

factori meo Colendißimo pignus. Exiguum quidem illud tam Magno Principi & Benefactori, sed quia Magno cedit, non potest non maximum esse: Elaboratum Magnis Præsidibus & Promotoribus, Tibi, Illust.me Princeps, Supremo cedit. Obligationem meam in facie universi Orbis aliter testari non possum, nisi obligationibus Theologico-Iuridicis. Stipulatam dexteram porrigere distantia vetat: ergo stipulationes submitto. Animum meum pandere aliter haud possum: Testamenta Ill.me Celsitudini Tuæ porrigo, vel hinc lege vltimam meam voluntatem. Lauream supremam Tibi supremo Mæcenati offero meo. Accipe Illustrißime Princeps, cum Illustrissima Domo Tua, quem in gratiam recepisti, & habe nunquã non Tuũ, quod

promit-

promitto, & peto: útque Superi Illustrißimam Celsitudinem Tuam diu nobis incolumem servent, devotißimè apprecor. Ingolstadij VI. Augusti, Anno M. DC. LVII.

Illust.^{mæ} ac Rev.^{mæ} Celsitudinis Tuæ

Servus Devinctißimus

JOANNES CASIMIRVS.
Steczevvicz.

PARS I.
DE PROMISSIONE.
§ I.
Quandonam Promissio, seu proprij, seu alieni facti obliget in conscientia.

SVMMARIVM.

1. *Pollicitationis, Promissionis, Stipulationis differentia.*
2. 3. *Declaratur objectum actûs promissorij sine vitiosâ reflexione in seipsum.*
4. *Vt obliget, debet esse plenè deliberata.*
5. *Requiritur acceptatio.*
6. *An factum alienum possit promitti.*

1. PROMISSIO sumpta præcisè pro actu *Promittentis*, & antecedenter ad acce-

 pratio-

ptationem *Promissarij* considerata *Pollicitatio* nuncupatur, quæ, accedente acceptatione, simpliciter & strictè sumpta *Promißio* est; cui si certa verborum forma accedat, *stipulatio* dicitur, de quâ paulò pòst plura; & Iuristæ tradunt sub tit. *de Verb. oblig.*

2. Perplexa statim hîc quæstio suboritur, qualenam obiectum habeat voluntas illa Promittentis, quæ Promissio denominatur. Non enim rectè dixeris, (prout dicunt, qui rem obiter inspiciunt) aliud non esse, quàm *factum, quod promittitur*: potest enim esse vera & obligatoria promissio, quin adsit animus verus præstandi, quod promittitur; quis hoc neget? ergo Promissio non est ex essentiâ suâ voluntas præstandi promissum; quæ enim separabilia sunt, unum & idem esse non possunt. Quid ergo erit objectum Promissionis? *Obligatio*, dices: Promittere enim est, velle sibi imponere obligationem. Sed contrà, Nullus

lus voluntatis actus potest se ipsum & solum habere pro obiecto, ut physici demonstrant: atqui ipsa formalis obligatio, in quantùm se tenet ex parte promittentis, aliud nõ est, quàm ipse voluntatis actus, qui dicitur *Promißio*: ergo eius obiectum non potest esse *Obligatio*. quid ergo?

3. Asserimus, obiectum illius voluntatis Promissoriæ, sine vitiosâ in seipsam reflexione, sic explicari posse, si dicamus, Promittentem velle sibi oppositum rei promissæ inhonestum & illicitum, seu turpe esse; porrò forma denominans illud obiectum accidentaliter & extrinsecè inhonestum est Displicentia Dei de obiecto v. g. de non tradendo mutuo, quod promissum est: quam displicentiam Devs sibi imperat ut author & gubernator sapientissimus Vniversi: nisi enim hoc fieret, non posset homo homini obligari, sicut non potest resistente Magistratu in casibus pluri-

mis: expedit autem, imò ad conservandam humanam Rempublicam omninò necessarium est, posse hominem homini sponte obligari: ergo DEus ut supremusGubernator, hanc Reipublicæ humanæ indigentiam, attendens, improbat ea, quę sunt promissis contraria, & improbando reddit, illa extrinsecè illicita, sicut alia, quæ secundùm se non mala prohibet, & prohibendo mala reddit.

4. Quæstio nunc practica est. 1. Quàm deliberata debeat esse Promissio, ut pariat obligationem in conscientiâ?

Asserimus, non sufficere semiplenam deliberationem, sed plenam requiri, qualis requiritur ad peccandū mortaliter; & hoc verum est, tametsi materia obligationis sit levis. Ratio est, quia licet peccatum veniale nasci possit ex semiplena ad vertentia, quia jam aliqualiter volumus obiectū turpe, non tamen vult natura cum hac

sola

ſola diminui noſtram agendi liberam facultatem, quæ, ſicut & dominium tum rerum, tum actionum noſtrarũ, eſt maximè propria homini; econtrà obligationes ſunt homini admodum adverſæ; ac proinde contra naturalem libertatem induci non debent ſine actu ſimpliciter & perfectè humano, quales non ſunt actus ſemiplenè deliberati.

5. Quæſtio ſecunda eſt, an ad inducendam obligationem requiratur acceptatio ex parte Promiſſarij? Ratio dubitandi eſt, quia in Iure videtur ſæpius contrarium conſtitutum. Nihilominus

Aſſerimus, adeò eam requiri, ut, niſi leges reſiſtant, poſſit Promiſſor ante Promiſſarij acceptationem pro libitu reſilire, promiſſionémque revocare. Ratio. Quia, ut alibi dictum eſt, & omnes recipiunt, Ius Juſtitiæ provenit à voluntate illius, qui dicitur habere jus, quatenus ex præſup-

posito titulo seu primævo, seu secundario vult quis alium habere sibi obligatum: atqui hæc voluntas jam est acceptatio: ergo hæc requiritur ad inducendam obligationem: non minùs quàm requiritur animus habendi ut suum, ad acquirendum dominium rei in nullius bonis existentis: reverà enim cuiuscunque juris, etiam Personalis, acquisitio est quasi dominij comparatio, cùm etiam tale jus pretio æstimabile sit, vendiq; possit.

Quodsi in Iure dantur aliqui casus (quos refert Molina) ubi non videtur requiri acceptatio, dicendum est, eam à Republica suppleri.

6. Quæstio tertia est, an possit factum alienum promitti? Resp. In foro externo tale promittens, regulariter loquendo, ad nihil tenetur. *§. Si quis alium. §. versa vice. Instit. de inutilib. stipulat.* & alibi. Ratio. Quia factum alienum plerumque non est in nostra potestate. Dixi, *Regulariter.* Plures enim

enim in Iure casus excepti sunt, in quibus promittens factum alienum tenetur quandoque illud, quantum in se est, procurare, quandoque ad interesse: v. g. Testator tenetur ad procurandum factum hæredis, quod testator promisit: dominus item tenetur factum servi promissum procurare, & paterfamilias alienum matrimonium: item qui promittit factum alienum cum juramento, vel adiectâ pœnâ. Ad interesse tenetur, qui promittit *Iudicio sisti.* & *rem pupilli salvam fore.* Denique jure Canonico omnis promittens factum alienum tenetur ad illud procurandum, quia obligatur naturaliter. *Mol. d. 258. & Covarr.*

§. II.

De Promissione solenni, hoc est, Stipulatione.

SVMMARIVM.

1. *De Stipulationis naturâ non est accedere obligationi.*
2. *Stipulationis definitio.*
3. *Acceptilatio quid? & ad quid introducta.*
4. *Actio ex Stipulatione duplex.*
5. *An serviant ad consequendos fructus, factâ morâ.*
6. *Correi stipulandi & promittendi quinam?*
7. *Quid intersit esse Correos stipulandi.*
8. *Reos debendi gaudere beneficio divisionis ex Nov. 99. probabile est.*
9. *Vno convento alter non liberatur.*
10. *Valet stipulatio, promissione facta quoad partem.*
11. *Subsequens approbatio responsionis ab interrogatione differentis est quasi nova stipulatio.*

12. Pro-

12. Promissorem facti habere electionem, an factum vel interesse præstare malit, in conscientia securum est probabilius oppositum.
13. Qua ratione quis possit alteri stipulari.
14. Quinam censeantur non extranei.
15. Potest defunctus stipulari hæredi etiam soli.
16. Quid juris, si defunctus uni hæredi stipuletur & plures relinquat.
17. Qua ratione pater filiofam: & econtrà stipulari possit.
18. Quid juris in alijs consanguineis.
19. Quid ratione Tutelæ & Curatelæ.
20. In favorem causæ piæ quivis potest.
21. Item si lucrum stipulanti accrescat.
22. Quid juris, si stipulatio disjunctim concepta, responsio sit determinata.
23. & 24 Ius eligendi transmittit stipulator ad hæredes.
25. Quo sensu jus eligendi sit personale.
26. Duplex genus Conditionũ declaratur.
27. Quid si promissor voluit specialter honorare stipulatoris arbitrium.

28. *De stipulatione in diem & sub conditione remissivè.*

PRomissio habet se ad Stipulationē, sicut Genus ad speciem, non enim omnis Promissio est Stipulatio, licet omnis stipulatio sit promissiio. Stipulatio itaque superaddit Iuris solennitates, sine quibus actionem civilem non pareret nuda promissio, cum illis verò parit.

1. Quæritur I. An de efficacia stipulationis sit, accedere obligationi præexistenti, sive ea sit contractus, sive nudum pactum. Plures affirmant, quos sequitur Treutlerus & Bernard: Sutholt. Negativa placet: tum quia affirmativa nullo claro juris textu nititur, tum quia videtur conformis decisioni Pomponij & Proculi in *l. 21. ff. de V. O. Lex 2. § 3. de doli* ex: & lex. 4. *§. fin. ff. si quis cautionibus* & lex 15. *ff. de fidejussorib:* concedunt quidem actionem doli, sed ideo, quia vel per errorem promissum erat, vel ob caussam

qui-

quidem, ſed deinde non ſubſecutam.

2. Stipulatio non incommodè definitur *Contractus* (non equidem ſtrictiſſimè ſumptus pro ſynallagmate, juxta *l. 19. ff. de V S.*) *juris civilis* (inſpecta ſaltem prima origine & uſu) *ſolenni interrogatione, & ſtatim inter præſentes ſubſecuta reſponſione conſtans, unde reſpondens obligatur ad id, quod promiſit.* Connexio reſponſionis cum interrogatione moralis eſſe debet. Vnde communior habet ſententia, ſatis eſſe, ſi eodem die ſequatur reſponſio, modò nullus contrarius actus interceſſerit. *arg. l. 137. ff. hoc tit.* Etſi olim certa verborum formula requiſita fuerit, hæc tamen ſuperſtitio (ut loquitur Card. de Lugo) hodie ſublata eſt, & ſufficiunt verba quævis mentem contrahentium exprimentia, modò aliquo communi idiomate facta ſit interrogatio & reſponſio.

3. Stipulationi opponitur Acceptilatio, quæ vocatur imaginaria ſolutio;

lutio: perficitur etiam interrogatione & responsione: ut: *centum, quos promisi, acceptos habes? habeo.* Acceptilatio simplex dissolvit tantummodo stipulationem præcedentem, Aquiliana ad quamvis obligationem tollendam utilis est.

4. Quæritur II. Quænam ex Contractu Stipulationis dentur Actiones. Resp. 1. Vel Stipulatio est de re certa, & tunc producit actionem, quę vocatur *Condictio certi.* Vel est de re incerta v. g. de aliquo bove tradendo, & parit actionem *ex stipulatu.*

5. Quibus tamen actionibus stipulator fructus rei promissæ non consequetur, etiamsi mora facta sit. *l. 38. §. 7. ff. de Usuris & fructib.* ex æquitate tamē fructus post acceptum judicium, hoc est, litem contestatam percepti restituendi sunt, non tam jure actionis, quàm officio judicis. Quia verò dictæ legi 38. contrariari videtur lex 114. ff. de V. O. ad evitandam anti-

nomiam

nomiam hæc postrema intelligenda est non de fructibus, sed simpliciter de rei æstimatione, & damno, ut interpretatur *Gœdd: de contrab. & committend. stipul.* In conscientia tamen non est dubium teneri promissorem in mora culpabili constitutum etiam ad æstimationem fructuum non solùm perceptorum, sed etiam percipiendorum à stipulatore, esto à promissore ex negligentia percepti non sint: tenetur enim ad resarciendum id, in quo alter injustè læsus est etiam per consequentiam, si hæc læsio poterat prævideri, ut tradunt universim Theologi agentes de Injurijs & Restitutione competente.

6. Quando plures conjunctim stipulantur, tunc *Correi stipulandi* dicuntur, si verò plures conjunctim promittunt, *Correi promittendi seu debendi* nuncupantur, & constituuntur. Itaque Rei stipulandi dicuntur, & sunt, quando duo pluresve ad eandem

dem rem ex eodem contractu & caussa in solidum, & tanquam principalem debitorem obligant, quod fit, si his interrogantibus, post omnium interrogationem promissor simpliciter respondet. *Spondeo.* Vnde pronum est econtrario colligere, quinam dicantur Rei Promittendi, seu debendi.

7. Est autem notabilis differentia inter illos creditores, quibus ut correis eadem res debetur, & quibus non ut correis: nam correis debetur singulis in solidum, etiamsi res sit dividua; possúntque singuli in solidum exigere; ita ut, si uni exigenti promissum solutũ fuerit, tota obligatio perimatur, & alter nihil ampliùs petere possit, ne quidem à correo, cui solutum est, nisi sint socij, vel ita in pactum deductum esset *l. 11. ff. de duobus reis.* Si verò non essent rei credendi, seu stipulandi, tunc singuli non nisi dimidium consequi possent.

Porrò licet debitoris sit electio, cui-

nam

nam ex correis solvere voluerit, quamdiu res est integra, secùs tamen est, si unius alterum in judicio petendo prævenit, tunc enim non nisi huic rectè solvitur *l. 16. ff. eod.*

8. Quoad Reos debendi Quæritur III. an ita possint singuli in solidum conveniri ad arbitrium creditoris, ut ne quidem gaudeant benficio divisionis concesso Fidejussoribus. Affirmat Donellus, quem sequitur Treutlerus & Hunnius. Negat tamen communior sententia nixa Nov. 99. c. 1. quæ non videtur (ut adversarij volunt) præcisè & unicè loqui de correis illis, qui ita sunt debitores principales, ut tamen etiam mutuò pro se fidejusserint, nam, si Cuiacio credimus, Græci correos simplicite ΑΛΛΗΛΕΓΓΗΟΤΣ appellant, ideo, quòd duo correi ipsa conditione obligationis, cùm singuli in solidum teneantur, quidam quasi fidejussores esse videantur: ut proinde ex titulo illius Novel-

læ non magnopere juvetur contraria opinio, præsertim cùm in decursu satis apertè sermo sit universim de omnibus correis. Porrò non gratis dixisse Cuiacium, Correos semper instar fidejussorum ad se invicem haberi, colligitur non ineptè ex lege *Vir uxori. 17. §. 2. ff. ad S. C. Vell.* ubi Mulier & Titius correi constituti pro mutuo, esto expresſè non fidejusserit mulier pro Titio, dicitur tamen intercessio facta videri ex parte, & quoad hanc beneficio SenatûsConsulti juvari, quasi alioquin pro Titio exigeretur.

9. Illud certius est, uno ex correis convento, liteque contestata non propterea alterum correum liberari, quò minùs ampliùs conveniri possit, ut decisum est *l. fin. C. de fidejussorib.*

Ut stipulatio pariat actionem & obligationem civilem, debet responsio promissoris esse conformis interrogationi stipulantis, & in re in-

stipu-

ſtipulationem deductâ congruere. Vnde

10. Quæritur IV. An valeat Stipulatio ſaltem quoad partem minorem, ſi reſpoſio ſolùm variaret in quantitate rei, v. g. ſi ſtipulanti. 20. promitterem decem, vel econtrà. Negat Cuiacius. Alij communiùs affirmant ob *l.* 1 §. *ſi ſtipulanti ff. hoc tit.* ubi ratio aſſignatur, quia decem inſunt viginti. Idem habetur in *l.* 108. §. *Qui quinque. ff. de leg.* 1. Neque obſtat *l.* x 120. *ff. de V. O.* ubi dicitur eſſe nulla ſtipulatio 100. aureorum (deſignando certam ſummam, & corpus) ſi 100. non ſint: quia vel ſolùm dicitur nulla quoad illud, quod deeſt centum, vel dicitur ſimpliciter nulla ex defectu intentionis promittentis, qui aliter noluit obligari, quàm ſi revera ſunt centum (hanc enim conditionem ſubintellexerant, eſtò juridicè conditio non ſit, quæ non refertur ad futurum) ut reſpondet gloſſa, vel deni-

que dicendum erit cum Hunnio, (quamvis minùs probabiliter) ibi nihil omnino fuisse de centum apud promissorem.

11. Quæritur V. An subsequens complacentia & approbatio possit supplere diversitatem, quæ inerat interrogationi & responsioni: sive ea diversitas fuerit in quantitate, sive in qualitate, v. g. stipulator interrogavit absolutè, promissor respondit sub conditione, & illicò placuit stipulatori responsio conditionata. Negant Duarenus, Cuiacius, Donellus. Cæteri communiùs affirmant ex *l. 1. § si quis simpliciter. ff. hoc tit.* ubi dicitur, per talem complacentiam & approbationem censeri aliam stipulationem contractam esse. Neque obstat, quòd hæc exceptio non fuerit expressa in §. *praterea. Instit. de inutilib. stipul.* Neque enim novum est, in Institutis, quæ tyronibus scripta sunt, non omnes exceptiones & limitationes

nes regularum communium positas esse; cùm hodiéque hoc observari videamus ab illis, qui in Theologiâ Morali summas conscribunt pro rudioribus.

12. Quæritur VI. An penes promissorem sit electio, malítne id, quod promisit, an illius interesse præstare, ita ut præstando interesse planè liberetur, etiam inuito creditore. Dissentiunt vehementer DD: in eo quidem, excepto Hunnio, cæteri, quos videre potui, conveniunt, quòd stipulatio DANDI inducat obligationem determinatam tradendi, & dominium transferendi, quàmdiu res tradi potest: at verò in stipulatione FACTI, seu FACIENDI summa est dissensio. Ad solum interesse promissorem teneri, & penes ipsum esse, utrum malit factũ, an interesse præstare, sentiunt, ac prolixè contendunt, Harpprecht, Bachovius, Hunnius, Schneidevvein, quos alij jam communiter sequuntur,

tur, ac proinde hanc sententiã Theologicè etiam ac practicè tutã, ac probabilem reddunt, dum plerique existimant, naturam stipulationis *Facti* esse, ut promissor non velit, nisi disjunctivè obligari, reservatâ sibi eligendi potestate: unusquisque enim censetur primariò solùm eousque obligatus esse velle, quousque leges approbant obligationem: atqui, ut isti DD. existimant, leges electionem tribuunt reo promissori, & non actori stipulatori: ergo &c: in quo tamen punctoBacchovius vel deserit doctrinæ consequentiam, vel cæteros huius sententiæ assertores, dum dissertis verbis fatetur litt. L. promissorem peccare, si factum non præstet, sed solùm interesse.

Contrariam tamen sententiam acerrimè tuentur Pinel. Cuiac. Coras. Borcholt. Clud. Bronchorst. relati ab Harpprecht, quibus accedit novissimè Corvinus in Enchir. hoc. tit.

prope

prope finem, Zœsius n. 53. & nisi fallimur, theoricè loquendo verior est. Nam leges afferri in contrarium solitæ non plùs evincunt, quàm quòd penes actorem sit respuere factum post commissam moram, & agere ad interesse, vel loquuntur de casu, quo tempus faciendi ita elapsum est, ut fieri ampliùs non possit, quod faciendum erat, v. g. promisisti impedire damnum meum in silva, & non impedivisti, damnúmque secutum est: factum autem infectum fieri nequit; quo sensu intelligi potest *l. 13. in fin ff. de re judicata*, quam potissimùm vrgent adversarij: vel denique solùm dicunt, quòd lite contestatâ non satisfaciat promissor faciendo, quod promisit, sed insuper teneatur ad interesse, vel etiam ad pœnam ex consilio Iustiniani §. *fin. 3. hoc tit.* adiectam, eò quòd tardiùs fecerit, & moram commiserit, quam tamen moram purgâsset, si ante litem contestatam adhuc

opus perfecisset, quo sensu accipi potest *lex. 84. ff. hoc tit.* quam identidem inculcat Hunnius. Neq; refert, quòd in alijs casibus electio sit in arbitrio rei, seu debitoris: hoc enim duntaxat verum est, quando ex mente contrahentium obligatio est alternativa: negamus autem, ita se rem in nostro casu habere: quia non est maior ratio, cur mens promissoris potiùs sit alternativa in stipulatione *faciendi*, quàm in stipulatione *dandi*. Quâ paritate oppressus Hunnius à cæterorum DD. placito recessit, & idem de promissione dandi asservit.

Et quidem pro nostra sententia sufficere posset, nullam illi legem apertè refragari, non enim debet sine legis auctoritate jus stipulatori quæsitum auferri, nec unum pro alio solvi. Nihilominus pro eâ videtur stare textus in *§. 1. Inst. de actionib.* ubi Imperator ait, actionibus personalibus intendi, dari, aut fieri oportere. Ad

quem

quem textum, rejectis aliorum interpretationibus, tandem respondet Hunnius, factum promissum tempore quidem litis contestatæ in obligatione esse, & factum ipsum peti, verùm post litem contestatam per quandam novationem desinere esse in petitione & obligatione factum, & loco ejus interesse & deberi, & peti intelligi. Verùm imprimis hac responsione sibi apertè contrarius est Hunnius; nam paulò antè n. 5. & 6. verbis apertissimis, & tanquam fundamentum suæ sententiæ positurus argumentatur, & probat, ex stipulatione non ipsum factum, sed interesse duntaxat peti posse, eò quòd in stipulatione faciendi contineatur id, quod interest, & ex faciendi obligatione debeatur interesse, non factum, adeóque non posse agi ad factum, sed ad interesse: quæ sunt contraria priori responso.

Quodsi pro Hunnio respondeas,

posse quidem factum peti, sed non cum effectu, seu efficaciter, quia per litis contestationẽ fit novatio. Contrà est; quòd planè paradoxum sit, Iuris remedium esse intentionis suæ destructivum, & à Jure dari alicui Jus petendi aliquid sibi debitum, ita tamen ut ex ipsâ Iuris dispositione talis petitio eò tendat, ut invito creditore fiat novatio, & consequenter ab ipso remedio ad sui immunitatem concesso lædatur.

13. Quæritur VII. An quis possit stipulari alteri. Sensus quæstionis potest esse duplex: primus, an ego possim stipulando alium mihi obligare ad aliquid alteri præstandum, ita tamen ut ille alter nullum jus acquirat: & sic quæstio non habet difficultatem: quidni enim possim aliũ mihi obligare ad instruendum meum famulum in aliquâ arte? alter sensus est, an ita possim alteri stipulari, ut obligatio non mihi, sed alteri acquiratur. Et

Resp.

Resp. Sine speciali mandato neminem posse extraneo stipulari, ut pluribus juribus cautum est *in tit. de Inutilib. Stipulat.* & alibi: adeò ut nec naturalis obligatio inde nascatur, quia lex tali obligationi resistit. Unam tamen alterámve exceptionem probabilem infrà referemus.

14. Dictum est: *extraneo*, hoc est, qui nullâ juris fictione censetur esse eadem persona cum Stipulante: secus enim est, si persona non sit extranea: ut quis autem non censeatur extraneus, requiritur, ut vel sit hæres, vel intercedat patria, aut dominica potestas, vel authoritas legitima administrandi bona aliena. Hinc

15. Quæritur. VIII. An defunctus potuerit stipulari suo hæredi etiam soli, h. e. etiamsi non stipuletur sibi & hæredi simul. Et resp. affirmativè. Ratio esse videtur, quòd hæres alter quodammodo defunctus esse reputetur, ac proinde censeatur defunctus

ſibi ipſi, vel hæres ſub perſona defuncti ſibi ſtipulatus eſſe; quod Clar. D. Arnold. Rath colligit theſ. 74. de V. O. ex *l. 38. §. ſi quis ita. ff. hoc tit. & l. avus ff. de Pactis.* A quâ ſententia immeritò diſceſſit Giphanius in *l. 11. ff. de oblig. & act.* motus illa regula Iuris. Quòd actio ab hærede incipere non poſſit: utpote quæ Iuſtiniani conſtitutione ſublata eſt *l. un. C. ut actiones ab hærede. & con: hær: incip.* rationem reddente univerſalem: *ne propter nimiam ſubtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.* & expreſsè ſtipulationum poſt mortem conceptarum mentionem facit.

16. Quæritur IX. Si defunctus uni hæredi nominatim ſtipulatus ſit, & plures deinde relinquat hæredes, utrũ ille ſolus nominatus ex ſtipulatione agere poſſit, illique ſoli totum, quod in ſtipulationem deductum eſt, acquiratur. Imprimis, ſi fuit ſtipulatio *faciendi*, certi juris eſt, uni hæredi &

quidem

quidē soli rectè caveri *l. continuus 137 §. fin. h. t.* si verò sit stipulatio *dandi*, quæstio difficilior est. Ad quā cum distinctione commodâ respondet Clar. D. Arnold Rath, thes. 75. & 76. & Hunn. q. 20. & 22. vel enim defunctus uni tantùm hæredi stipulatus est, vel sibi, & uni hæredi: in priori casu hæredi soli in stipulatione expresso volunt esse cautum, & totum acquiri. In secundo casu volunt citt. A A. contra Donellum, Hillig. & Giphan. ex persona defuncti etiam reliquis cautum censeri. Ratio prioris est, quia defunctus voluit specialiter uni cavendo cæteros expresse removere: ergo ex voluntate defuncti non est illis acquisita obligatio. Ratio posterioris est, quia defunctus primùm sibi stipulando statim obligationem acquirit, quæ, cùm possit ad hæredes transmitti, hoc ipso cæteros hæredes non removit, ut enim removeret, debuisset efficere, ut non venirent in persona

defun-

defuncti, adeóque ita stipulari, ut sibi non deberetur, & de hoc casu volunt citati DD. intelligendam legem *continuus 137. §. ult. ff. hoc tit.* quæ conciliatio planior est, quàm quas Iulius Pacius, Hottomannus & Cuiacius nimis operosas excogitárunt.

Obijcit tamen Donellus. Defunctus uni hæredi præ cæteris prospicere voluit hoc ipso, quòd hunc solũ pacto complexus est, cęteros utiq; etiam expressurus, si illis cautum voluisset. Atqui voluntas & pactum defuncti ab hæredibus ratũ haberi debet *l. 1. ff. de pactis.* Ergo &c. Resp. non rectè argui voluntatẽ excludendi cæteros hæredes ex eo, quòd unũ nominauerit defunctus, hoc ipso quòd sibi etiã cavere voluerit: & etiamsi talis voluntas argueretur, ea tantùm esset secundaria, non primaria, quæ debet esse legibus conformis: lex autem *continuus* cit. hoc statuit, ut stipulatio *dandi* omnibus hæredibus prosit, etiamsi vnus nominetur.

17. Ratione patriæ poteſtatis poteſt pater filiofam: ſtipulari, ſi, quod in ſtipulationem deducitur, eiuſmodi eſt, ut parens vel proprietatem, vel uſumfructum poſſit acquirere. Secus, non poteſt. *l. quod dicitur 130. ff. hoc tit.* §. 4 *in fine. Inſt. de inutilib. ſtipulat.* Niſi pater ſtipularetur filio tanquam adminiſtrator, ut notant Sanchez, Palao, & alij. Econtrà filiusfamilias poteſt patri ſtipulari, etiamſi nihil interſit filij, quia eſt in poteſtate patris. *Dominus Ratb.theſ.79.* Et hæc de patre & filio ſunt recepta. De alijs verò ſanguine junctis, eſto extraneis,

18. Quæritur X. An vnus conſanguineus alteri ſtipulando prodeſſe poſſit, atq; cavere. Affirmant Cuiacius, & Hotoman. Alij rectiùs negant ob apertos juris textus. *l. ſi genero 26. C. de jure dot.* ubi conſulti Imperatores Dioclet. & Maxim. an pater ſtipulatus à genero, dotem reddi filio ſuo eman-

emancipato, quæsiverit actionem filio, negant, jure prohibente, quæsitam esse. Quæ responsio non nisi per violentiam restringi potest ad actionem solùm directam: si enim jura admitterent actionem utilem, Imperatores nõ respondissent ad mentem filij quærentis, cui oppidò satisfuisset, si actionem utilem habuisset. Idem responsum est alteri filio *l. 4. C. de pact. convent.* cui mater stipulata erat. Idem responsum est de filia stipulante Matri suæ *l. 26. §. 5. ff de pact. dot.* Neque juribus istis ullo modo refragatur *lex. 7. C. de pactis convent.* sed potiùs ea confirmat. Dicit equidem allegata lex, avum maternum nepotibus ex filia sua stipulando, vel paciscendo actionem repetendæ dotis quærere non potuisse, utilem tamen actionem nepotibus ex æquitate accommodari: quod non ita intelligendum est, quasi nepotibus quæsita fuerit hæc utilis actio immediatè, absq; eo, quòd

priùs

priùs Patri competeret actio directa, sed quòd Pater eam actionem, quam datione dotis sibi jam quęsierat, transtulerit ad nepotes, illísque ex æquitate accommodaverit: quivis autem actiones suas alteri cedendo facit, ut ex æquitate illis accommodentur. Hinc autem, ut dixi, potiùs confirmantur jura pro nobis allata. Si enim Imperatores voluissent utilem actionem in illis casibus dare, utique expressissent, quemadmodum hîc expresserunt. Eodem modo etiam intelligi posset *lex 45. ff. soluto Matr.* nisi quis malit dicere, in favorem dotis, concurrente personarum affectione & conjunctione, speciale quid statutum esse. Minus negotij facessit *lex 55. ff. hoc tit.* ubi dicitur, quòd si quis sibi, aut Titio dari stipulatus fuerit, Titio rectè solvatur, non verò eius successoribus. Nam imprimis hæc lex non loquitur de Personis conjunctis, adeoq; omnibus est explicanda,

Sensus

Sensus igitur est, rectè solvi Titio, non quòd habeat actionē, sed quia à stipulatore solutio in eum translata est, quod fieri posse traditur §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* & nos statim à principio diximus, posse quem stipulando obligare alium sibi, ad faciendum aliquid alteri, quin ille alter jus acquirat, vocatúrque ille, in quem solutio translata est, *Adiectus.*

19. Ratione administrationis à legibus & jure publico concessæ potest Tutor pupillo, Curator minori stipulari. *l. eum qui. §. si actori ff. de constit. pecun.* Item procurator habens speciale mandatum potest mandanti ita stipulari, ut teneatur illi cedere actionem. *l. 1. ff. de institor. act. l. si procuratori præsenti. ff. de V. O.* Quodsi non quidem habeat speciale mandatum, sit tamen universorum bonorum procurator, saltem acquiritur domino exceptio doli per stipulationem ejus nomine factam; dolo enim

facit,

facit, qui contra propriam conventionem venit.

20. In favorem causæ piæ quiuis privatus stipulari potest ex valde cõmuni Theolog: & Canonist. sententia, quod probant ex *l. Caius. ff. soluto Matr.* ubi favore dotis, ut diximus, alter potest alteri stipulari: atqui caussa pia gaudet privilegio dotis: & hæc potest esse una exceptio à regula generali; quòd nemo possit alteri stipulari.

12. Deniq; universim tunc quis alteri stipulari potest ex communi opinione, quando inde stipulanti lucrum accrescit, aut ab aliquo debito liberatur, ut si stipuler à te, ut solvas Caio, quod ego ipsi debebam, vel quod ipse Caius mihi restituere tenetur: vnde socius pro socio, uxor pro marito, mater pro filio &c. frequenter possunt stipulari, ut colligunt DD. ex *§. sed et si quis. Instit. de inutil. stipul. l. stipulatio ista §. si stipuler. ff. hoc. tit.*

22. Stipulatio quandoque alternativè concipitur, v. g. *promittis Pamphilum vel Stichum?* de quâ

Quæritur XI. An valeat, si responsio sit determinata. *Promitto Pamphilum.* & videri posset, valere, quia sicut decem insunt viginti, & ita stipulatio de viginti, succedente responsione de decem, valet, ut suprà vidimus: ita Pamphilus inest illi binario hominum. Ergo &c. Præterea penes promissorem est Electio, ut dicemus. Nihilominus certi juris est non valere, si stipulatio *disjunctim* concepta est. *l. 83. §. si stipulante me. ff. hoc tit.* Ratio est, quia licet promissor, si simpliciter respondisset, habuisset electionem, si tamen respondet determinatè se daturum Pamphilum, stipulatio non consequitur utilitatem intentam, scilicet, quodsi Pamphilus interiret, adhuc promissor teneretur dare Stichum, ad quem tamen dandum

non

non teneretur, promiſſo determinatè Pamphilo.

Dixi, ſi concipiatur *disjunctim*. Secus eſſet, ſi disjunctivè conciperetur, contineretque æquivalenter duas ſtipulationes hoc ſenſu: *Promittiſne vel determinatè Pamphilum, vel determinatè Stichum? ſi non vis promittere Pamphilum?* tunc enim reſponſio determinata de Pamphilo eſſet interrogationi conformis; valeretque ſtipulatio non minùs, quàm ſi copulativa fuiſſet ſtipulatio, adeoque æquivalenter duplex, nec utilis per inutilem debet vitiari. *l.* 1. § *ſed ſi mihi. ff. hoc tit.*

Si ſtipulatio fuit alternativa, electio eſt penes promiſſorem. *l. plerumque. ff. de Iure dot.* Niſi electio ipſa in ſtipulationem deducta eſſet. Quâ occaſione

23. Quæritur XII. An jus eligendi tranſmittat ſtipulator ad hæredes. Cõmunior equidẽ opinio eſt affirmativa,

tiva, quam tenent Cuiacius, Giphanius, Duar: & Bachovius *in Treut. disp. 13. thes. 5. litt. A. circa finem.* Fundat se imprimis hæc opinio in lege *76. ff. de V. O.* sed hæc lex potiùs favet contrariæ opinioni, ut sincerè consideranti liquebit. Fundat se deinde, & meliùs in *l. si sic legatum 76. §. fin. ff. de legat. 1.* ubi dicitur, quòd legatarius habeat electionem ex stipulatione alternativâ, sibi legatá actione, neque defunctus antè elegerat. Respondent quidem Adversarij paulò pòst allegandi, defunctum reverà elegisse, hoc ipso quòd actionem legaverit alteri; quia sic legando elegit illud ipsum, quod legatario magis placuerit: quapropter, inquiunt, legatarij electio non constituit electionem stipulatoris, sed quænam illa fuerit initio, declarat. Hæc responsio non immeritò violenta, nimiúmque probare alicui videbitur. Hac siquidem ratione dicere possemus, semper in effectu ele-

ctionem

ctionem transire ad hæredes saltem voluntarios, & ex testamento succedentes: hoc ipso enim quòd obligationem & actionem ex stipulatione alternativâ quæsitam illis relinquat, dici potest elegisse id, quod postea hæredibus placuerit. Hoc autem adversarij nolunt concedere, ut videbimus: volunt enim, defuncto non expressè eligente, jus eligendi exspirare, & solam obligationem ad hæredes transire, electionem verò redire ad promissorem.

Tertiò fundat se hæc opinio in *l.* 19. *ff. de optione & electione leg.* ubi disertè dicitur, quòd si legatum fuerit alternativum: *hoc, aut illud utrum elegerit legatarius*: Legatario sine electione decedente post diem legati cedentem, electionem ad hæredem transmitti. Ex quo videtur manifestè deduci, electionem non esse ita personalem, ut personæ stipulantis ossibus inhæreat, & cum ea intereat.

Negativam tamen tuentur Vdalr. Zasius, Donellus, Treutler. Hunnius. præcipuum fundamentum est in l. 76. quæ sic habet. *Si stipulatus fuerim illud, aut illud, quod ego voluero: hæc electio personalis est, & ideo servo vel filio* (Domino aut patri stipulantibus) *cohæret* (hoc est penes ipsos, & non penes dominum aut patrem est eligere) *in hæredes tamen transit obligatio.* (scil. secundùm quod est distincta ab electione, & fuisset, etiamsi electio non fuisset in stipulationem deducta) *etiam ante electionem mortuo stipulatore.*

24. Nobis adhuc communis & affirmativa sententia magis arridet. Certum quippe est, aliquas electiones in stipulationẽ deductas ad hæredes transire, eas nempe, quæ, si essent penes debitorem, plus incommodi quâ commodi ex tali stipulatione, & obligatione stipulator referret. Pone me stipulari à te, ut mihi ligna cędas, ubi, & in qua silva ego voluero. Quis

neget, hanc electionẽ unà cum obligatione transire ad hæredem? si enim electio esset penes debitorem, fortè cæderet in loco incommodo, cum damno meo & hæredis. Ergo constat, non esse de natura electionis, esse ita personalem, ut ad hæredes transmitti non possit: unde corruit adversariorum fundamentum.

25. Sed quâ ratione leges allatas conciliabimus? Non admodum, nisi fallimur, operosè, si, cùm Accursio *in d. l. 76. ff. de V. O.* observemus Electionem eatenus solùm dici Personalem, quatenus non egreditur personam stipulantis & hæredis sui, à quo repræsentatur. Est ergo personalis hoc sensu, quòd, si quis non sibi, sed alteri stipuletur, ut filius Patri, servus domino, procurator mandanti, tutor pupillo &c. electio in stipulationem deducta inhæreat stipulanti, & si talis moriatur ante electionem, non est jus eli-

gendi apud illum, cui ſtipulatus eſt, ſed penes debitorem: obligatio tamē illi quæſita tranſit ad hæredes: & hic videtur eſſe ſenſus dictæ legis *ſi ſtipulatus* 76. neq; hac ratione præjudicat ſententiæ affirmativæ. Cui tamen.

Obijciunt ulteriùs ſecundò. Electio nihil aliud eſt, quā voluntas perſonæ his verbis expreſsa: *Quod ego voluero.* Atqui voluntas morte finitur, nec tranſit ad hæredes *l. 4. ff. locati.* Reſp. Confundunt adverſarij actum primum cum actu ſecundo, hoc eſt, jus eligendi cum actuali electione, & jus volendi cum ipſa volitione: de jure volendi procedit noſtra quæſtio. lex 4. *ff. locati* loquitur de volitione conferente alteri jus dependenter à ſua duratione. Unde nihil ad rem.

26 Obijciūt 3. Hæc adiectio: *quod ego voluero*: habet conditionem hanc: *ſi ego voluero*: atqui huiuſmodi conditio inhæret perſonæ, cui adſcribitur, *l. ſi ita expreſſum 69. ff. de cond. & demonſtrat.* ergo

ergo,&c. Resp. hoc argumento plus probatum iri, quàm optent adversarij, scilicet nullam planè obligationem, aut actionem ex stipulatione electionis transmitti ad hæredes. Distinguendum igitur est inter conditiones; nam aliquæ sunt requisitæ ad hoc, ut jus oriatur; & de tali loquitur lex 69. cit. aliæ sunt, quæ jam præsupponunt jus quæsitum, & illud solùm applicant, ut operetur terminum juris, sicut approximatio applicat virtutem ignis, ut calefaciat: & tales conditiones aliquando etiam præsupponunt jus ponendi ipsam conditionem: huiusmodi est electio in stipulationem deducta, quæ supponit jus eligendi: ergo, etiamsi à stipulatore posita non sit, non impedit, quò minùs ipsum jus ponendi illam conditionem transeat ad hæredes.

27. Illud tamen contrariæ sententiæ concedi posset in casu, quo promissor stipulatori electionem ideo

promitteret, quia eius arbitrium specialiter vult honorare, vel quia eius placitum sperat sibi minùs gra[ve] fore, quàm cuiusvis alterius, in tali, inquam, casu concedi posset, jus eligendi non transmitti ad hæredes: nec enim promissor ultra intentionem suam expresse restrictam obligatur.

28. Superest hîc agere de stipulatione in diem, & sub conditione. Sed de his egimus copiosè in disp. de Contractibus in genere.

§. III.

De Fidejussoribus.

Summarium.

1. *Quo jure stipulationis solennitas sit forma Fidejussionis.*
2. *Quando Fidejussor constituatur.*
3. *Eius differentia à Constitutore, Expromissore, Mandatore.*
4. *Quo sensu Fidejussio semper sit accessoria.*

5. Qui-

5. *Quinam possint fidejubere.*
6. *Fidejussio aliquando supponit obligationem principalis tantùm fictione juris.*
7. *An Fidejussor possit juramento obligari ultra principalem. Vbi Hunnius calumniator Pontificum; & sibi contrarius est.*
8. *Fidejussor non tenetur ad usuras.*
9. *Quibus exceptionibus gaudeat.*
10. *Quâ actione adversus debitorem principalem.*
11. *Quibus casibus possit à debitore principali petere liberationem ab obligatione.*
12. *Fidejussor solvens, actionibus non cessis non habet regressum contra confidejussores.*
13. *De beneficio Ordinis seu Excussionis.*
14. *Quibusnam hoc beneficium denegetur.*
15. *De beneficio divisionis.*
16. *De beneficio cedendarum actionum.*
17. *An hæc Cessio possit ex intervallo peti.*

POst Stipulationem agunt Iura de Fidejussione, utpote quæ species est Stipulationis; & forma fidejussionis est stipulationis solennitas

lennitas *Treutl. hoc tit. thes. 4.* Quod verum est in puncto juris scripti, secus de consuetudine, ut testatur. Nob. & Magnif: Dominus Gasp. Manzius *tr. de fidejuss. c. 5.*

2. Fidejussor itaq; tunc quis (strictè loquendo) constituitur, quando interroganti alterius creditori promittit se soluturum, quod alius debet, salvo manente debito principali; seu qui obligationem alterius fide suâ esse jubet ac periculo.

3. Differt Fidejussor primò à *Constitutore*, quia *Constitutum* fit nudo pacto, parítque actionem Prætoriam, unde & inter absentes, & per epistolam rectè constituitur: at Fidejussio non nisi stipulatione constituitur. Differt 2. ab *Expromissore*, quia Expromissor alienum debitum, quasi Novatione factâ, in se suscipit, fítque debitor principalis. Differt 3. à Mandatore illo, qui creditorem rogat, ut pecuniam debitori principali credat:

hic

hic enim potest solâ mandati actione contrariâ teneri, eò quòd mandatum solo consensu, sine verborum obligatione, contrahi possit. Sed neque omnis fidejussor necessariò Mandatarius est debitoris principalis; potest enim quis pro absente & ignorante fidejubere, quo casu volunt nonnulli cum Alciato, *Sponsorẽ* potiùs, quàm *Fidejussorem* dicendum: illud certum est, tunc non competere actionem Mandati, sed negotiorum gestorum *l.30. ff. hoc tit.*

4. Fidejussio potest vel præcedere, vel comitari, vel subsequi conventionem & obligationem principalem. Quòd si præcedat, in conditionatam resolvitur, nempe si sequatur obligatio principalis, & hoc modo facilè salvatur (in quo se sine causâ aliqui torquent) quo sensu semper fidejussio sit accessoria: adeò ut, si principali cõpetat exceptio doli, eò quòd sine causa contraxerit, eadem etiam competat fidejussori.

5. Fidejubere possunt, qui non vel generaliter stipulari, vel contrahere (de quibus egimus in disput. de Contr. in genere) vel specialiter fidejubere prohibentur. Specialiter autem prohibetur Mulier (de qua §. seq.) & Miles, qui, si fidejusserit, ex speciali privilegio liberatur *l. 8. §. 1. ff. qui satisdare poßint.* Nisi in rem suam fidejusserint.

6. Regula juris est, Fidejussorem quà talem nec in duriorem caussam, nec in maiorem quantitatem obligari, quàm obligetur principalis. *l. 8. §. 7. & 8. ff. de fidejussorib. §. 5. Instit. eod.* Ratio est etjam clara; quia obligatio fidejussoria est merè accessoria, ergo supponit obligationem principalem, saltem fictione juris existentem: ergo eatenus, quatenus nulla principalis obligatio existit, nec accessoria existet. Dixi: *saltem fictione juris existentem*, nisi enim hoc addatur, non po-

test commodè defendi sententia gravissimorum DD. quæ etiam nobis verior visa est alibi, pupillum pubertati proximum ex contractibus sine tutoris authoritate celebratis, ne quidem naturaliter obligari: cuius tamen fidejussor cùm obligetur, dicendum est cum Hunnio disp. de pactis, pupillum non quidem obligari naturaliter in sua persona, utpote privilegio speciali munitum, quia tamen ille pupillus ex natura rei potuisset obligari, nisi leges restitissent, leges autem nolint favere fidejussori, adeoque non irritent illam pupilli obligationem in ordine ad fidejussorem gravandum (possunt enim obligationes tolli quoad vnum effectum, non quoad aliũ) rectè inferimus, obligationem naturalem in pupillo fictione juris existere. Idem dicimus de hærede pupilli, qui etiam gravatur obligatione à pupillo sic contractâ *arg. l. 95. §. 2. ff. de solut.* Neque ab hac

inter-

interpretatione nos absterret illa quorundam replica, hæredem non posse aliter obligari, quàm obligatus sit defunctus. Ad hanc enim etiam adversarij respondere tenentur, qui docent, pupillum obligari quidem naturaliter, sed inefficaciter, hæredem autem (sicut & fidejussorem) efficaciter, in conscientia, & etiam civiliter. Aliud igitur est, obligari fortiùs, aliud, obligari ad plus. Fidejussor non obligatur ad plus, quàm principalis, obligatur tamen sæpè fortiùs etiam in alijs casibus, ut si se obliget instrumento guarentigiato, quod paratam habet executionem. item si fidejussionem juramento firmet. Hîc

7. Quæstionem movent RR. aliqui, an Fidejussor quâ talis possit saltem juramento obligari ad plus, quàm obligetur principalis. Affirmat Treutlerus allegans *c. quamvis. de pac. in 6. c. cùm contingat. de jureiur.* Con-

trà

tra quæ capitula insurgit Hunnius' more heterodoxorum (cæteroquin modestissim⁹ scriptor)qui,quando de Romanis Pontificibus,eorúmque decretis incidit quæstio, more porcorum concurrunt ad maledicendum. *Sæpe*, inquit Hunnius, *dixi quidnam de hisce Pontificijs decretis habendum sit, quòd nempe ea observare impium sit, ut quæ ordinationi divinæ, quales sunt bonæ leges à Magistratu politico præscriptæ ad Rom. 13. repugnent, & leges Cæsareæ nec juramento confirmari actus istos patiuntur, qui legibus civilibus repugnant. l. 7. §. 16. ff. de pactis. l. 112. §. fin. ff. de legatis.* Hæc Hunnius, satis insulsè & imperitè: nam, ut plurima dissimulemus (tot enim ferè sunt hîc commissa delicta, quot verba) intolerabilis est error in Iuris-Consulto nescire distinguere inter hæc duo: *Iuramento contractũ firmari*, & : *Iuramento obligari.* Quis nescit, juramento induci obligationem ex Religione, etiamsi contractum

non firmet? firmare enim contractum, est firmare obligationem ex Iustitia, eò quòd in reverentiam juramenti nolint Imperatores annullatum contractum, qui sine juramento nullus esset. Jam verò, ubi, quæso, Pontificum ullus dixit, fidejussionem de majori quantitate, quàm sit obligatio principalis, juramento firmari? Ulteriùs quis homo Christianus, imò etiam non Christianus, modò verum DEUM agnoscens, & cæteroquin ingenio non hebes, ignorat illud naturæ lumine notissimum: Juramentum esse servandum, quoties sine salutis dispendio servari potest? Hoc autem præcipuum est, quod Pontifices urgent, adeò ut etiam fœneratoribus ex hoc capite jubeant juratas usuras solvere, esto usurarius obligetur restituere. quid hîc, obsecro, reprehensione dignum, quid impium? imò quid non maximè pium & commendandũ? Quod addit Hunnius,

nius, leges Cæsareas non admittere, confirmationẽ ex juramento eorum actuum, quibus resistunt, & est abs re (ut ostendimus) & universim ex receptâ DD. repugnat. *Aut: Sacramenta puberum. C. si quis adversus vend.* & denique est contra ipsum Hunnium sui immemorem, qui vol. post. disp. 20. thes. 3. q. 14. docet, donationem patris filio factã juramento confirmari, ubi etiam per rationes adjectas destruit omnia illa, quæ hîc in odium Pontificum Rom. adduxit.

8. Fidejussor, nisi expresserit, non tenetur in id, quod ultra debitum principale debitor principalis ex morâ debere cœpit, v. g. usuras, arg. à contrario *l. fidejussor. 10. C. de Fidejussoribus.*

9. Fidejussor potest se tueri omnibus exceptionibus realibus, quibus se tueri posset ipse principalis debitor, v. g. exceptione rei judicatæ, doli mali, metûs, jurisjurandi, *l. 7. §. 1. ff.*

de except. Dixi. *Exceptionibus realibus.* nam personalibus, hoc est, quæ in favorem specialem personæ introductæ sunt, non potest uti fidejussor. (nisi jura hoc ipsum etiam fidejussori specialiter concedant, prout illi concedunt Exceptionem ex Senatusconsulto Vell: & Macedon.) vnde, si fidejussit pro minore, & minor restituatur in integrum, non propterea fidejussor potest ex hoc beneficio elidere actionem creditoris. Nunc

10. Quæritur I. Quam actionem habeat Fidejussor adversus debitorem principalem, postquam conventus actione ex stipulatu, vel condictione certi à creditore solvit. Resp. cum distinctione. si enim fidejussit ipso sciente & consentiente, habet actionem Mandati, quâ repetit, quidquid solvit, vel in quantum alio modo debitorem liberavit. *§. si quid autem 6. Instit. de Fidejuss.* & insuper etiam expensas, damnum, & interesse.

c. 2. eod. l. 27. §. 4. ff. Mandati, & alibi. Si verò pro absente & ignorante fidejussit, habet actionem negotiorum gestorum. *l. ex Mandato. 20. §. fin. ff. Mandati. l. sed videamus 4. & seqq. ff. Negot. gest.*

11. Quæritur II. An Fidejussor ante solutionem possit agere contra principalem, ut ab obligatione liberetur, v. g. ut loco sui alium fidejussorem idoneum, & creditori acceptum det, vel alio modo satisfaciat creditori, ut in liberationem consentiat. Resp. Regulariter non posse. Excipiuntur tamen aliqui casus. I. Si jam diu in obligatione stetisset; durum enim esset, si deberet ex beneficio præstito in perpetuo periculo versari. *l. Lucius 38. §. 1. ff. Mandati.* II. Si reus inciperet paulatim non esse solvendo suâ prodigalitate, quæ prævideri non poterat. *l. cit. & l. 10. C. Mandati.* III. Si vel fidejussor, vel Principalis sententiâ judicis condem-

natus esset. *l. 10. C. eodem. c. fin. de fidejussor.* habetur enim eo loco, acsi jam solvisset, propter paratam executionem. 4. Si fidejussor vellet peregrè proficisci in longinguas regiones, diu absuturus, ideoq; periculum immineret. 5. Si capitales inimiciæ ex culpa debitoris ortæ sint. *arg. l. 10. cit.* & ob rationem jam allatam. 6. Si fidejussisset tantùm ad certum tempus jam elapsum, vel aliàs conventum esset, ut ante solutionem posset ad liberationem agere.

12. Quæritur. III. An, si ex pluribus confidejussoribus unus præ cæteris conventus in solidum solvit, habeat regressum adversus confidejussores, posśitque illos convenire in partem. Resp. Si creditor actiones cessit, tunc certum est posse: nullâ autem factâ cessione, adhuc aliqui apud Berlichium opinati sunt convenire illi actionem negotiorum gestorum: & quidem possent opinionis suæ habere

bere rationem apparentem à paritate desumptam; quia Confidejussores sunt correi debendi; atqui correus debendi habet utilem actionem negotiorum gestorum, si debitum solvit, contra correum: sicut etiam tutor contra contutorem, nullâ licet factâ cessione actionis.

Verùm communissima, & in Iure expressa opinio est negativa, ob textum satis clarum *l. 11. C. de fidejussorib.* Ad rationem dubitandi respondent DD. assignando disparitatem, quòd alij correi, sicut & Tutores sunt debitores principales: fidejussores non item, & ideo unus non censetur principaliter, sed tantùm per consequantiam alterius negotium gessisse: quodsi hæc responsio non satisfacit (revera enim non leviter urgeri posset) fateamur, quandóque leges aliter, & aliter disponere, etsi de caussa sic disponendi nobis non constet.

13. Quæritur IV. Quem ordinem observare debeat creditor inter debitorem principalem & fidejussorem in exigendo debito. Resp. Etsi jure antiquo potuerit efficaciter conveniri primo loco, quem maluisset, Iure tamen Novellarum, *Nov. 4. & Auth. præsente C. de fidejussorib.* concessum est Fidejussoribus primo loco conventis beneficium, quod vocatur *Ordinis*, seu *Excussionis*, quo datur Exceptio dilatoria Iudicij, quâ se tueri potest, ut solvere non teneatur, nisi priùs excusso principali debitore: nisi notoriè constet, non esse solvendo. Excutitur autem eousque, sicut qui debet cedere bonis, de quo dictum in disp. de Contract. in genere.

14. Hoc tamen beneficium excussionis denegatur primò, si fidejussit pro illo, qui tantùm naturaliter debet: cùm obligatio merè naturalis non pariat actionem, atque adeò nec excussioni sit locus. Denegatur secundò,

cundò, si debitor principalis longè absens extra territorium illius loci sit, in quo judicium institutum est, ob difficultatem convenieudi principalem. *Auth. cit.* nisi tempus peteret ad sistendum principalem. Tertiò ex communi DD. si ex alio capite debitor sit difficilis conventionis. Quartò si fidejussor negavit se fidejussisse, & mendacij convictus est: per rationē, quia mendacium necat privilegium. *l. pen. C. si contra jus, vel utilitatem publicam.* Quintò si huic beneficio non meris terminis generalibus, sed in specie renuntiavit, *l. 4. §. quæsitum ff. si quis cautionibus*, prout renuntiare potest fidejussor immediatus, hoc est, qui non est fidejussor indemnitatis, seu fidejussor fidejussoris, vulgò Ruckh/oder Afftербorgen/seu Schadloß-Borgen. Sextò multi volunt, fidedejussorem non posse ampliùs ad hoc beneficium recurrere, nisi hanc Exceptionem, utpote dilatoriam opposuerit

ceptionem, utpote dilatoriam opposuerit ante litis contestationem. Benignior tamen aliorum est opinio, hanc dilatoriam exceptionem gaudere hoc privilegio speciali, quòd possit usque ad sententiam opponi. *vid. Schneidevvein. §. si plures. n. 14. Inst. de fidejuss. Harpprecht ibid. n. 26. Gail. Observ. 27. n. 3. & seq. Hunnius. q. 33. & alij.*

15. Quæritur V. Quid juris sit, si plures existunt ejusdem debitoris & pro eodem debito fidejussores, & beneficium excussionis ipsis non satis prodest, ut liberentur: quæritur, inquam, an singuli possint in solidum conveniri, & unus conventus præ alijs totum debitum solvere teneatur.

Resp. Antiquo jure ita erat; sed ex epistola D. Hadriani convenit fidejussoribus, per se loquendo, beneficium *Divisionis*, quæ Exceptio usque ad sententiam opponi potest ad hoc, ut creditor cogatur actionem dividere,

dere, & singulos fidejussores, si quidem solvendo sint, non nisi pro virili parte convenire. §. 4. *Institut. de fidejussor. l. 10. §. ut autem. C. de fidejussor.* Quodsi unus in solidum conventus neglexit hanc exceptionem, & solvit, tunc nec à Creditore aliquid repetere potest (quia quod solvit, verè debitum erat) nec regressum habet contra confidejussores, ut jam sup. dictum. Excipiuntur à regula Confidejussores, qui pro uno tutore intercesserunt, *Rem pupilli salvam fore. l. 12. ff. rem. pupilli salvam fore.* ubi hoc beneficium divisionis, agente pupillo, fidejussoribus denegatur.

16. Quæritur. VI. Verum nullo alio beneficio vel auxilio succurrant Jura fidejussori, qui solvere cogitur totum debitum, eò quòd hîc, & nunc alij confidejussores, non sint solvendo, aut ex alio capite actio dividi non possit, aut non debeat? item

item si vnus fidejussor omissâ exceptione de beneficio divisionis totum solvat? Quæritur, inquam, an nullum regressum habeat adversus debitorem principalem, cæterósque confidejussores. Resp. 1. Adversus debitorem principalem habet actionem mandati, vel negotiorum gestorum, ut jam suprà dictum. Resp. 2. Adversus tam debitorem principalem, quàm cæteros confidejussores succurritur illi insuper beneficio *cedendarum actionum*, ut nempe non possit priùs ad solvendum cogi à creditore, nisi creditor illi cedat actiones suas, non tantùm personales, sed etiam reales & hypothecarias, quas habet tam adversus debitorem principalem, quàm adversus cæteros fidejussores; immò & exhibere tenetur instrumentum obligationis principalis in cessione; immò ad hanc cessionem tenetur, etiamsi fidejussor non conventus sponte offerat solutionem.

Ita communis fundata in varijs juribus *l. 17. 36. 39. 41. ff. de fidejussorib. l. 2. & 11. C. eod.*

17. Illud controversum est, an hæc cessio peti debeat ante solutionem, vel saltem in continenti; vel possit etiam peti ex intervallo. Plerique docent, debere peti, & fieri in continenti, *ob legem 17. ff. de fidejuss. l. 11. C. eod. l. 39. ff. eod. & l. 76. ff. de solutionib. & liberat.* Ratio solet hæc reddi. Actio jam sublata & extincta non potest cedi. Atqui factâ solutione jam est extincta omnis actio, quam habebat creditor adversus alios fidejussores, & debitorem principalem, ergo &c.

His tamen non obstantibus graves DD. (quos refert Berlichius, & Harpprecht, quibus accedit Hunnius *d. 28. thes. 6. q. 44.* Nec multùm abest, æquitate saltem attentâ, Nob. & Magnif. D. Gasp. Manzius *tum in Iustit. tum in speciali tract. de fidejussorib. c. 9. à n. 91.*)

existi-

existimârunt, adhuc post intervallum cedi posse, petíq; cessionem actionū. Sanè, ut ingenuè fateamur, argumentum contrarium paulò antè relatum, etsi videri posset demonstrativum, fallaciam tamen continere videtur. Si enim solutio fidejussoris est adæquata causa extinctiva actionum, tunc, sive fuerit, sive non fuerit petita cessio actionum, actiones extinguentur, si solutio fiat: imò ridiculum videtur petere sibi cedi actiones, quarum causam extinctivam statim velis ponere. Fallacia ergo videtur in eo consistere, quòd materialis illa solutio fidejussoris non sit juridicè solutio, sed potiùs habeat rationem emptionis, pro quo stat textus satis apertus *legis 36. ff. de fidejussoribus*, ubi JurisConsultus proponit hanc ipsam dubitandi rationem his verbis: *Cùm is, qui & reum & fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus acceptâ pecuniâ præstat actiones, poterit quidem dici, nullas*
jam

jam esse, cùm suum perceperit, & perceptione omnes liberati sint. ecce! rationem, & argumentum pro communi sententiâ allatum. ad quod respondet JurisConsultus Paulus sequentibus: *Sed non ita est, non enim solutum* (NB.) *accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, & ideo habet actiones, quia tenetur ad idipsum, ut præstet actiones.* Vnde inferunt Authores citati, quòd, licet non possit eas petere actione *Præscriptis verbis*, eò quòd nullum pactũ præcesserit, possit tamen petere actione *ex empto.* Alij tamen, ut Sichardus *in l. 2. n. 7. C. eod.* existimat, opus esse officij Iudicis imploratione.

Adhuc tamen communi sententię inhærendum videtur, propter legem *Mædestinus* 76 *ff. de solut.* ubi apertè dicitur, quòd, si actiones post aliquod intervallam cessæ sint, nihil eâ cessione agatur, cũ nulla actio superfuerit. Fatendũ equidẽ, talẽ cessionẽ esse quodãmodo venditionẽ, prout etiã habet

lex.

l.17. ff. de fidejuss. Verùm non nisi tunc, quando exhibito pretio petitur tanquam merx: quodsi non petitur, censetur non emere actiones, sed solvere debitum voluisse, & sic actiones verè extinxit.

§. IV.

De Senatûs-Consulti Velleiani Exceptione.

SVMMARIVM.

1. *Quæ utilitas Senatûs Consulti Velleiani Iure Digestorum.*
2. *Iure Codicis, quæ solennitates requirantur, ut valeat mulieris fideiussio.*
3. *Fidejussio pro marito quando valeat.*
4. *Beneficium SC. etiam Subfidejussoribus conceditur, & mulieris mandatariis: transitq; ad hæredes.*
5. *Neglecto beneficio SC. potest solutum repeti.*
6. *Factâ à muliere novatione conceditur Creditori* Restitutoria.

7. In quibus casibus cesset beneficium S. C. Velleiani.

8. An sine juramento possit mulier huic beneficio renuntiare.

1. Suprà diximus, Mulierem pro alio intercedentem gaudere beneficio Senatûs-Consulti Vellejani, quo ab obligatione, exceptione oppositâ liberetur. Hujus SenatusConsulti vis & effectꝰ, alij erant jure Digestorũ, alij verò sunt hodie Iure Codicis. Nam Iure Digestorum (ex cõmuni DD. tam Theol. ut Molinæ, Rebelli, Laym. quàm Iuristarũ, inter quos Nob. & Magnif. DD. Gasp. Manzius tr. de fidejuss. & D. Rath. p. 2. de S. C. Vell. th. 9. contra Hottoman. Donellum, & Treutl.) mulier pro alio fidejubens & civiliter, & naturaliter obligabatur, & creditori competebat actio: sed mulieri ex S. C. Vell. exceptio, quâ actionem ita elidere poterat, ut utraque obligatio

penitus tolleretur, adeoque nec in conscientia teneretur.

2. At verò jure Codicis, si Mulier pro alio fidejubeat, non confecto publicè instrumento, à tribus testibus subsignato, fidejussio adeò nullius est vigoris, ut nec ciuilis nec naturalis obligatio nascatur: & per consequens opus non sit auxilio Senatûs-Consulti, cùm creditori nulla detur Actio. Quòd si verò prædictæ solennitates observatæ fuerint, tunc equidẽ creditori datur actio, mulieri verò opus est oppositione exceptionis ex Senatûs-Consulto, si quidem velit ab obligatione liberari. *l. antiqua 23. §. fin. C. ad SC. Velle.*

3. Ab hac ipsa tamen Constitutione iterum casus exceptus est. *Nov. 134. cap. 8.* (unde desumpta est Auth. *si qua mulier. C. eod.*) ut scilicet ne quidem fidejussio solennizata, pro marito facta, quidquam valeat, nisi manifestè probetur, quòd pecuniæ cre-

ditæ

ditæ in in propriam ipſius mulieris utilitatem fuerint expenſæ. In Germania tamen, teſte *Gail 2. obſerv. 90.* receptum eſt, ut vxores mercatorum quaſi ſociæ pro maritis teneantur. Quid verò ſpeciale ſtatutum ſit Iure Bavarico, habetur tit. 1. L. R. art. 12. & complectitur Clariſſ. Dominus Rath theſ. 18. p. 2.

4. Quæritur I. An hoc beneficio ſolæ Mulieres gaudeant, vel alijs etiam ſuccurratur, & quibus. Reſpond. illud concedi etiam Subfidejuſſoribus, ſeu Fidejuſſoribus indemnitatis, hoc eſt, qui pro ipſâ Muliere, quâ fidejubente intercedunt, & quorum intuitu mulier eſt reſpectivè principalis: immò & ad hæredes tranſit ſicut beneficium reſtitutionis in integrum. Eodem beneficio juvatur ille fidejuſſor, qui ex mandato mulieris pro principali debitore fideiſſit, *l. ſi fidejuſſores. ff. ad SenatûsConſult. Vell.* Ratio eſt, quia, ut

consideranti patet, in effectu perinde esset, ac si mulier fidejussisset.

5. Quæritur II. Quid juris sit, si mulier solverit debitum, neglecto Senatûs-Consulti auxilio? Resp. Repetere potest solutum *Condictione indebiti. l. quamvis 8. ff. & C. ad S. C. Vell.* quia licèt soluerit ex obligatione naturali (in casu quo debitas solennitates adhibuit) nihilominus ex Senatus-Consulto rescinditur illa obligatio, & tunc fictione juris perinde est, ac si nullo modo debitum solvisset. Est autem hoc privilegium valde speciale, quale non conceditur Filiofamil. ex Senatus-Consulto Macedon. is enim, si solvit debitū ex obligatione naturali, non potest solutum repetere *condictione indebiti*, sed hoc aliò spectat.

6. Quæritur III. Quid remedij & juris sit, si fortè mulier fidejubendo novationem fecisset, ita ut ipsa debitrix principalis fieret, sícque

actio

actio, quam habebat creditor adversus priorem debitorem, jure civili esset penitus extincta? Resp. in hoc casu, ne beneficium mulieri concessum, esset creditori captiosum atque damnosum, & ne, unde jura nascuntur, inde injuriarum nasceretur occasio. *l. meminerint. C. unde vi.* Prætor creditorem restituit in integrum, restitutâ illi, & restauratâ actione (quę *Restitutoria* nuncupatur) adversus priorem debitorem, ut DD. colligunt ex *l. si mulier 16. in fine, & l. debitrix 24. §. fin. ff. ad S.C. Vell. vid. D. Ratb. p. 2. th. 44. & seqq.*

7. Quæritur IV. In quibus casibus hoc beneficium cesset? Resp. in sequentibus cessare. Primus est, quando creditor est minorennis; huic enim, quia competit restitutio in integrum, hoc ipso, si replicando opponitur, eliditur Exceptio ex S.C. Vell. *l. si apud minorem 12. ff. de Minorib.* nisi ipse principalis debitor solvendo es-

ſet. Secundus. Si Mulier fidejubeat, vel expromiſſor exiſtat apud dominum pro pretio libertatis ſervo collatæ. *l. veterum 24. C. ad S.C. Vel.* Tertius. Si fidejubeat pro debitore dotis promiſſæ. *l. fin. C. eod.* quod Vincentius Francus etiam ad fidejuſſionem pro donatione propter nuptias extendere conatur, ſed à Clariſſimo D. Rath. p. 3. th. 15. refutatur; quia Donatio hæc & Dos non gaudent ijſdem privilegijs, niſi in caſibus in jure expreſſis; & lex correctoria juris communis non debet ad alia extendi, quàm ad quæ ab ipſa lege extenditur. Quartus. Si mulier decipiendi animo pro alio intercesſit, ut cùm ſciret ſe non teneri. Dominus Rath putat th. 18. n. 5. hoc colligi ex ipsâ ratione S.C. Velleiani. *Ratio autem*, inquit, *nulla alia fuit, quàm ut infirmitati mulierum, & ſexûs imbecilitati ſuccurreretur, à quo longè abeſt factum eius, quæ creditorem decipere voluit.* Hæc tamen

ratio,

ratio, ſalvo meliore tanti viri judicio, nobis ex eo capite difficilis apparet, quòd falſum videatur, nullam aliam fuiſſe S.C. cauſſam, quàm illam, quæ allegata eſt. Nam ut hic ipſe Author p. 1. theſ. 4. tradit, & ex ipſo textu liquet, prima ratio S. Conſulti Velleiani, ne mulieres alienis obligationibus intercedant, eſt, *quod hoc officij genus viros magis deceat.* & quidem hanc rationem eſſe principalē, alteram verò, ut imbecillitati conſulatur, eſſe duntaxat ſecundariam, tradit poſt alios Hunn. *v. 1. diſp. 25. q. 5.* Unde ſubſumimus: atqui hæc ratio adhuc militat, etiamſi fœmina decipiat creditorem. ergo &c. Nobis ergo ſufficit, hunc quartum caſum eſſe expreſſum *l. 2. § ſed ita. l. ſi decipiendi 30. ff. eod.* Limitatur tamen, niſi & ipſe creditor ſciret, mulerem non obligari fideiuſſione; tunc enim potiùs à ſeipſo creditor deciperetur. Quintus caſus eſt, ſi pro fidejuſſione,

pretium accepit. *l. antiquæ 22. C. eod.* Sextus. Si post factam primam pro alio, qui non sit maritus, fidejussionem, integro elapso biennio pignus dedit, aut eandem obligationem aliàs confirmavit. *l. si mulier 22. C. eod. Auth. siqua mulier. C. eod.* Septimus. Nisi in rem, utilitatémque suam se obliget, vel negotium ipsam contingat, ut si pro suo creditore intercedat. *l. aliquando 13. l. si mulier 16. ff. eod.* Octavus. Si jurejurando confirmavit. *arg. cap. rescripto. de Iurejur.*

8. Quæritur V. An simpliciter, & sine juramento possit mulier renuntiando sibi hoc beneficium adimere. Affirmant non pauci, quos eatenus sequitur Wurmserus, ut velit solùm procedere de renuntiatione Judiciali. Negant æquè multi, quos sequitur Hunnius. Clar. D. Rath existimat, theoricè loquendo & in puncto juris, negativam esse veram, quam-

quamvis fateatur in praxi contrariũ obſervari, & obſervandum eſſe. Fundamenta negativę ſunt maximè duo. Primum ſit. Nemo poteſt renuntiando favori, præjudicare fini præcipuo à lege favorem concedente intento: ſed finis SenatûsConſulti præcipuus eſt, ut ſervetur decentia in celebratione actuum civilium, & officijs obeundis, virile autem officium eſt Fidejubere: ergo huic non poteſt mulier renuntiando præiudicare, niſi in caſibus expreſſis. Secundum. Quidam caſus in jure ſunt expreſſi, quibus renuntiatio hæc permittitur: ut ſi Mater, vel Avia tutelam liberorum ſuſcepit. *Auth. Matri & Aviæ C. quando mulier tut. off. fung.* ergo hinc rectè concludi videtur, univerſim tali renuntiationi non deferri. Affirmativæ ſententiæ non parùm favet lex ultima §. *4. ff. ad SC. Vell.* Reſpondendum videtur, ibi ſermonem eſſe de ſolu-

tione factâ, vel faciendâ pro alio, sed non titulo fidejussionis, sed titulo donationis. Donando enim potest mulier pro alio solvere, quin habeat soluti repetitionem. Video, hanc responsionem impugnari ulteriùs posse. Sed quia praxis stat pro affirmativa, non est de Iuris puncto vlteriùs contendendum.

PARS

PARS II.
DE DONATIONE.
§. I.
Donationis definitio.
SUMMARIUM.

1. 2. Donationis definitiones.

3. Remuneratoriæ excessus an adnumerandus donationi perfectæ.

4. Donatio propter merita non ex justitiâ debita, sed ex aliâ virtute est remuneratoria.

1. ACcipimus hîc Donationem, prout est translativa dominij, adeoque prout ipsi Pollicitationi & Acceptationi superaddit traditionem, sive realem, sive fictione juris æquivalentem. Quo sensu communiter

muniter definitur. *Liberalis datio, quæ nullo jure cogente ex solâ animi benignitate alteri fit, aut conceditur. l. Donari ff. de donation. & de R. I.* quâ definitione comprehenditur non solùm donatio strictissima & perfectissima, hoc est, excludens omne debitum cuiuscunque alterius virtutis, sed etiam antidoralis, seu remuneratoria, procedens ex obligatione gratitudinis; satis enim est, rem donatam non fuisse debitam de jure, seu ex Iustitia.

2. Quia tamen Donatio perfecta etiam gratitudinis obligationem excludit, ideo notant DD, quòd leges odiosæ de donatione non sint extendendæ ad remuneratoriam, nisi id ex fine legis colligeretur. Quare *l. 1. ff. eodem* definitur donatio perfecta: quâ quis propter nullam aliam caussam exercet, quàm ut liberalitatem & munificentiam exerceat.

3. Quæritur I. Si donatio remuneratoria excedat merita alterius, an

saltem

ſaltem ratione exceſſûs ſit accenſenda donationibus perfectis, adeoque etiam in odioſis comprehendatur. Reſp. Si exceſſus eſſet adeò magnus, ut non eſſet proportionatus perſonæ remuneranti, tunc omninò habenda eſſet quoad exceſſum pro donatione perfecta. Si verò non ſit improportionatus, tunc adhuc etiam quoad exceſſum non amittet naturam donationis remuneratoriæ. Ratio eſt, quia proprium eſt Gratitudinis, inclinare ad vincendam alterius liberalitatem, adeoq; exceſſus ponitur non ex motivo meræ liberalitatis, ſed ex motivo gratitudinis.

4. Quæritur II. Quid ſi Donatio fiat propter merita, quæ quidem ex Iuſtitia non erant debita, debebantur tamen ex alia Virtute, Charitate, Pietate &c. erítne Donatio dicenda Remuneratoria, an potiùs perfecta? Cardinalis de Lugo n. 137. exiſtimat eſſe perfectam, Nobis remuneratoria eſſe vide-

videtur. Ratio est; quia talis Donatio non fit præcisè ad ostendendam munificentiam, sed habet pro motivo actus præcedentes sibi exhibitos sine obligatione Iustitiæ. Confirmatur, quia Natura videtur honestatem huiusmodi retributionis instituisse in hunc finem, ut incitarentur homines, promptioresque redderentur ad ea officia exhibenda invicem, ad quæ non quidem ex Iustitia, sed ex honestate aliarum virtutum obligantur, spe nempe remunerationis & gratitudinis allecti. Quis enim negaverit, illum, cui in extrema necessitate constituto ex charitatis obligatione subvenio, obligatum esse ad gratias agendas?

§. II.

Utrum in Donationis instanti tam Donator, quàm Donatarius sit Dominus in solidum rei donatæ, adeoq; non repugnet duorum pluriúmve dominium in solidum eiusdem rei, simultaneum.

SVMMARIVM.

1. 2. 3. *Vtilitas quæstionis, & dubitandi ratio.*

4. *Quinam senserint, posse dominium in solidum esse penes duos.*

5. 6. *Negativa verior est, eiúsque fundamentum.*

7. *Prima responsio refellitur.*

8. *Altera evasio præcluditur.*

9. 10. *Tertium effugium nobis potiùs servit.*

11. 12. *An idem possit simul esse servus & liber.*

13. *Alia contrariæ sententiæ absurda.*

14. 15. *Adversariorum fundamentum retorquetur.*

16. *An*

16. *An rei non existentis detur dominium.*
17. 18. *Absurdum est, sed Adversarijs concedendum, in instanti, quo quis rem pro derelicta habet, esse eius dominum.*
19. *Dominium aliud radicale incompletum, aliud formale completum.*
20. *Dominium incompletum, seu conditionatum ad quid sit institutum à naturâ.*
21. *Donator quale dominium habeat in instanti donationis.*
22. *Exemplo declaratur.*
23. 24. *Directa responsio ad argumentum captiosum adversariorum num. 14. positum.*
25. *Confirmatur ex eorundem doctrina de peccato habituali.*
26. *Quo sensu verum sit: Neminem dare, quod non habet.*
27. *An ex Polygamia poßit argui duplex dominium eiusdem rei.*

1. LOquimur de illo temporis puncto, quo Donatio ita absoluitur ac traditione completur, ut sit verum dicere: *Nunc sit transla-*

translatio Dominij, & quærimus, uter tunc sit dominus, donator, an donatarius, an uterque? Rident quæstionem hanc aliqui Iureconsulti, tanquam inutilem, & ineptam: nempe quia vel quæstionis momentum non assequuntur, vel certè quia vident, ab eius molestissima resolutione non posse se compendiosiùs, quàm contemnendo, liberari. Non ita gravissimis Theologis est visum, qui, ubi difficultas aliqua, alijs hactenus impervia caput erigit, ad aliquid præ alijs audendum animantur.

2. Inutilem hanc esse quæstionem, si de praxi, panéque lucrando loquamur, ultrò damus, non item si Fidei Mysterijs, ac Theologicis veritatibus explicandis manus est admovenda. Nam, ut taceam ex huius quæstionis resolutione pendere decisionem illius celeberrimæ difficultatis, an Christus satisfecerit ex rigore Iustitiæ commutativæ pro peccato gene-

ris humani, nec affirmatiuam sententiam valde receptam defendi posse, nisi pro fundamento constituatur illud, quod Iuris-Consultis paradoxum est, posse nimirum duos esse ejusdem rei in solidum, & in eodem instanti dominos: ut hoc, inquam, prætercam, nunquid Iuristarum plerique sibi persuasum habent, Deum bene sanctéque viventibus æternam gloriam ex Iustitiâ debere? & tamen, si rem penitiùs inspicerent, animadverterent, hoc nulla ratione defendi posse, nisi vel concedamus, dari in creatura aliquod jus, cuius Deus non sit actu dominus, adeoque non sit per essentiam dominus omnium (quod est impium) vel admittamus duplex dominium, seu quasi dominium eiusdem juris pro eodem instanti in Deo simul, & in creatura; vel denique Iustitiam aliter, atque communiter concipi solet, in Deo explicemus.

3. In-

3. Inutilis ergo cùm hæc quæstio non sit, multò minùs inepta dicenda est, quasi nulla subsit dubitandi ratio. Si enim res est tam expedita & plana, quî factum est, ut plures Iure-Consulti interrogati, alius diceret, donatarium esse dominum, alius donatorem? Certè pro utroque stat ratio, quæ summa torsit ingenia, ac tandem omnino prostravit, ut herbam porrigerent, & utrique dominium adjudicarent. Pro Donatario facit, quòd in illum dominium transferatur, illúdque acceptet: ergo illud habet. Pro Donatore verò, quia in illo instanti dat, in quo alter acceptat: nemo autem dat, quod non habet: nemo rectè disponit de re non suâ: atqui *donare* est *disponere de re suâ.* Ergo & Donatoris tunc erit dominium: vel dic: cur potiùs illius, quàm huius?

4. Triginta circiter ab hinc annis

Recentiores aliqui, quos tacito nomine allegat Card. de Lugo, difficultatem præsentem aperuerunt, & audacter affirmârunt, tam Donatorem, quàm Donatarium, in instanti translationis dominij, esse eiusdem rei donatæ dominos in solidum. Hanc opinionem deinde amplexus est idem Cardinalis *tomo de Incarn. d 3. s. 1. à n. 15.* non quidem amore defendendi communem sententiam, quòd DEVS possit obligari creaturæ ex justitia (hanc enim ex alijs fundamentis impugnat) sed, ut ipsi quidem videbatur, argumentorum evidentiâ convictus. Hunc authorem cùm eius Collega P. Antonius Mangilius, & Augustinus Bernal acriter refutâssent, ita tamen ut & ipsi argumentis pressi quædam Lugoni concederent, ex quibus deinde possent omnia tela in authores suos retorqueri, ansam dedêre laudato Cardinali, ut eandem sententiam ampliùs & copiosissimè de novo pre-

vo promoveret *to. 1. de Iust. disp. 2 s. 2.* Hunc secuti sunt Hurtadus Mendoza, de Incarn. &, quod mirum est, Arriaga in 1. p. d. 30. cui, tametsi cæteroquin volupe sit, inventa Lugonis exagitare, hîc tamen non in opinionem solùm, sed in ipsa pœnè verba concessit.

5. Salvâ tamen horum tantorum virorũ reverentiâ Asserimus, huiusmodi duplex totale dominium in duobus, pro eodem instanti, esse planè chymæricum, & repugnare: neq; magno molimine opus est, ad repugnantiam aperiendam; ipsa Dominij plenissimi definitio prodet. Dominium plenissimum est Ius amplissimum disponendi de re, nisi lex obsistat. sensus est, quòd dominium plenissimum possit quidem consistere cum resistentia legis non fundatæ in jure alterius, non tamen possit consistere cum jure alterius circa eandem rem: unde dominium plenissimum

posset brevissimè definiri Ius tam amplum, ut excludat omne jus alterius, sive: jus in re, in quâ nemo alius jus habet: etenim dominium plenum à non pleno differt per negationem juris alieni in eadem re. His positis

6. Argumentamur hoc modo. Si in eodem instanti duo essent domini plenissimi eiusdem rei, tunc vnius dominium alterius dominio excluderetur, & non excluderetur: hæc est contradictio: ergo &c. Nunc effugia præcludamus.

7. Respondebunt fortè primò: Dominium plenum dicere quidem negationem juris alieni, non cuiuscunque, sed duntaxat juris alieni independentis à mea voluntate disponente de re, cuius sum dominus. Atqui dominium donatarij est jus dependens à voluntate donatoris: ergo non repugnat cum dominio plenissimo donatoris. Verùm hoc effugium imprimis jugulat ipsos adversarios;

ex

ex eo enim inevitabili consequentiâ sequitur, donatarium in eo instanti non esse plenum dominũ: non enim habet jus cum negatione juris alieni independentis à sua voluntate: jus enim donatoris est utiq; independens à voluntate donatarij: & tamen juxta adversarios hoc jus non excluditur à jure donatarij: ergo, si bona est adversariorum responsio ad salvandũ dominium plenum in donatore, evertit dominium in donatario, quod æq; est contra illos. Secundò ex datâ responsione aliud paradoxum eruimus: inde enim consequens esset, posse dari dominium plenius plenissimo. Sequelã ostendim⁹: nam illud est dominium plenius altero, quod excludit magis jus alienum: sed, quando quis rem suã nõ vult alienare, habet jus excludens etiã jus alteri⁹ dependens à voluntate suâ: ergo hoc esset Ius amplius & universalius, quàm illud jus, quod consisteret cum jure alteri⁹ à se depẽdente.

Ergo, si hoc adhuc est jus plenissimũ, jam dabitur jus plenius plenissimo.

8. Respodebunt 2. Dominiũ plenum dicere quidem negationem Iuris alieni pro eodem signo naturæ, sed non pro diverso: quapropter, cùm donatarius non habeat jus nisi in posteriori signo naturæ: hoc bene consistet cum dominio pleno donatoris. Verùm, si rem penitiùs inspiciamus, & ad libram philosophicam, hoc est, ad ea principia philosophica examinemus, quæ ipsi adversarij amplectuntur, facilè deprehendemus, non minùs repugnare pro diversis naturæ signis dominium plenissimũ cum jure, & dominio alterius in eadem re, quàm repugnet pro eodem signo. Ideo enim repugnat in eodem signo naturæ poni duplex dominium plenum penes duos, quia tunc in eodem signo poneretur forma & negatio formæ: scilicet Ius alienum, & negatio juris alieni: sed etiam pro di-

versis signis naturæ repugnat poni formam & negationem formæ; quia sic jam in eodem instanti reali poneretur forma & negatio formæ; quia diversa instantia naturæ coëxistunt eidem instanti reali. Ergo non minùs repugnat duplex dominium pro diversis signis naturæ, quàm pro eodem. Hinc Philosophis solenne est irridere illos, qui dicunt, Materiam primam in priori signo naturæ habere negationem formæ, in posteriore verò formam.

9. Respondebunt 3. & hoc ipso exemplo physico desumpto ex materia primâ habente prioritatem naturæ respectu formæ conabuntur evincere suum intentum. Sicut, inquient, non requiritur, ut in priori signo existat negatio formæ, sed satis est in priori signo formam necdum intelligi esse: ita ad dominium plenũ non requiritur negatio juris alieni,

ſed ſatis eſt pro priori naturę necdum intelligi jus donatarij.

10. Hac reſponſione nobis præbetur occaſio fortiùs urgendi, & aperiendi fallaciam adverſariorum. Hoc ipſo quòd in priori ſigno naturæ necdum intelligatur ipſa forma exiſtere, dicunt philoſophi, in illo ſigno præſcindi ab exiſtentia & negatione formæ: ergo pari modo ex diverſitate ſignorũ naturę plus nõ oſtendunt adverſarij, quàm, quòd in inſtanti reali donationis pro priori ſigno naturę adhuc præſcindatur ab exiſtentia & negatione juris alieni: ergo, ſicut in illo priori ſigno naturæ non rectè diceretur Materia prima eſſe *ſua*, ſeu *ſui juris*, ſed potiùs dicenda eſt præſcindere ab hoc, quod eſt: *eſſe ſui juris, vel eſſe ſubiectã formæ*: ita in inſtanti reali donationis non intelligitur donator pro priori naturæ eſſe dominus, ſed præſcindit ab hoc, quod eſt eſſe, vel non eſſe dominum rei donandæ: & ſicut per adventum

ventum formę in posteriori signo naturæ illa indifferentia præcisiua Materiæ determinatur ad hoc, ut Materia non sit sui juris, sed sub dominio formæ, cui seipsam subijcit, & tradit, ita per donationem in signo posteriori determinatur indifferentia præcisiva donatoris ad hoc, ut non sit absolutè dominus rei donatæ: quæ omnia paulò pòst magis declarabuntur in responsione ad argumentum adversariorũ, & illius deceptio corrigetur.

11. Hactenus adversarios ratione à priori convenim⁹; nunc eos absurdorũ, quibus obnoxij sunt, reos agamus. Imprimis itaq;, si duo possent simul esse domini in solidum eiusdẽ rei, sequeretur, Patronũ in instanti, quo manumittit servũ, hoc est, quo donat illũ libertate, esse adhuc illi⁹ dominũ: cõsequens est absurdũ: ergo &c. Sequelam ultrò arripiunt adversarij. Minorem verò probamus. Si Patronus in instanti manumissionis adhuc esset domi-

dominus Petri v. g. manumissi, tunc in eodem instanti Petrus adhuc esset servus: nam relatio dominij non datur sine termino: atqui Petrus in illo instanti non est servus: ergo nec Patronus est dominus. Concedunt iterum sequelam: assumptum verò probamus. Petrus in illo instanti est liber, quia libertas illi donata est: ergo non est servus. Repugnat enim in terminis, esse simul liberum & servum, non minùs, quàm repugnet esse simul ligatum & solutum.

Vidit hanc difficultatem acutissimus Cardinalis, & respondet, in illo instanti Petrum esse simul servum & liberum: negat tamen hinc sequi, esse simul ligatum, seu obligatum & solutum: quia *esse servum* formalitèr non dicit *esse ligatum*, *seu obligatum*, sed solùm hoc, quod est: *esse alterius*. Sicut autem in sententia Lugonis non repugnat equum esse simul meum & tuum

tuũ, ita non repugnabit, Petrum esse simul suum & alterius.

12. Utut hæc responsio subtilis sit, solida certè non est, quàmdiu non ostenditur, quid τὸ *esse alterius servum* minus sit, quàm esse alteri obligatũ; cùm enim esse alterius servum sit species obligationis, in omni autem specie genus includatur: consequens est, τὸ *esse alterius*, includere hoc, quod est, *esse obligatum.* Clarissimè responsionẽ ita rejicimus. In illo instanti manumissionis Patronus habet jus dominij secundum adversarios: atqui omne jus essentialiter respicit correspondentem sibi obligationem in illâ personâ, respectu cuius est jus: ergo, si juxta adversarios Petrus respicitur ab illo jure dominij, debet in Petro existere obligatio. Vel, si mavis, invertamus, & dicamus hoc modo. Si in instanti Manumissionis servus non est ligatus, seu obligatus, & in priori instanti reali erat obligatus: ergo in instanti

ſtanti manumiſſionis deeſt patrono aliquod jus, quod habebat in priori inſtanti reali: ergo non eſt ampliùs plenus dominus: conſequentia patet: nã omnis obligatio habet eſſentialiter correſpondens & annexum jus, quod exiſtere non poteſt non exiſtente obligatione, ut apud omnes indubitatũ eſt: ergo, ſi ſervus ex *obligato* fit non obligatus, debet econtrà Patronus ex *habente jus* fieri non habens jus: ergo in inſtanti manumiſſionis non habet omne jus, quod habebat priùs: ergo à primo ad ultimum non eſt ampliùs plenus dominus: & hoc eſt, quod contendimus.

13. Placet nunc priori aliud abſurdum adjungere, quod adverſarij necdum, quod ſciã, aduerterunt. In illorum ſententiâ, quando quis juſto pretio alteri rem vendit, & tradit, accepto viciſſim pretio (fingam⁹ utriuſq; traditioné terminari eodẽ inſtanti, quod phyſicè non repugnat) ſequitur tam empto-

emptorẽ, quàm venditorẽ in inſtanti venditionis eſſe factum ditiorẽ conſequens eſt contra ipſius contractûs æquitatem, & naturam: ſequeretur enim, quòd ambo collectivè ſumpti plus haberent, quàm habuerint priùs: & ſimul etiam ſequeretur; quòd non plus haberent; quia nihil eſt in ipſorũ dominio aſſignabile, quod non etiam priùs habuerint: præterea ambo ſimul non eſſent ditiores, quovis ſeorſim ſumpto, quia quivis ſeorſim ſumptus eſt dominus & mercis & pretij: quæ omnia tam abſona ſunt, quàm quid eſſe poteſt. Prima ſequela probatur. Nam ante traditionem neuter erat & mercis & pretij dominus, ſed unus mercis alter pretij, traditione verò uterq; eſt utriuſq; dominus.

Reliquum eſt, ut tandem admoueamus manũ illi Machinæ, quâ duplex hoc dominiũ fulcire poſſe adeò perſuaſum eſt adverſarijs, ut ne Mathematicis quidem demonſtrationibus cedere videatur.

14. Sic igitur argutantur. Dominium plenum & in solidū aliud non est, quàm Ius plenè disponendi sine injuriâ alterius &c. sed Donator (de quo est tota difficultas) in instanti donationis habet tale jus, sicut & donatarius: ergo dominium in solidum est penes singulos. Minorem quoad primum membrum probant. Quicunque actu de re disponit, utique potest disponere: atqui, qui donat, actu disponit: ergo potest disponere, & habet jus disponendi. Neque refert, quòd, dum donat, non possit v.g. destruere, vel aliter disponere in sensu composito: hoc enim ad Dominij perfectionem non requiritur, cùm talis potestas sit chymærica: sufficit ergo posse sic disponere in sensu diviso, hoc est, simultate potentiæ; nempe dum donat, posset non donare: sed alio modo uti. En adversariorum Achillem! sed, quod nobis est solatio, ipsismet formidandum.

15. Si

15. Si diſcurſus iſte bonus eſt, & aptè concludit, ſequitur etiam in illo inſtanti adhuc verè exiſtere Dominium rei, quo dominus rem ſuam deſtruit: conſequens vel ex terminis abſurdum eſt: nam ſicut homo non exiſtens non eſt dominus, ita rei non exiſtentis non poteſt dari dominium; alioquin daretur relatio ſine termino, & poſſet quis eſſe dominus ſervi, non exiſtente ſervo, & quando pater occideret filium, in inſtanti mortis adhuc eſſet pater. Sequela probatur, quia etiam, qui rem deſtruit, actu de re diſponit: ergo habet jus diſponendi: ergo convenit illi definitio dominij.

Reſpondent: tunc, quando res à ſuo domino deſtruitur, adhuc exiſtere dominium *morale*, non autem *phyſicum*: hoc autem dominium morale volunt in eo conſiſtere, quod deſtruens immediatè priùs habuerit dominium phyſicum, & in hoc inſtanti

posset non destruere, sed retinere.

16. Excutiamus, obsecro, phrases has, & quàm malè tinniant, audiamus. Quæro imprimis ex adversarijs, an τὸ *habere dominium morale* sit simpliciter habere dominium, sine addito: nécne? si non? habemus intentum, & inferimus: ergo, qui rem suam destruit, non est in instanti destructionis dominus rei: & tamen disponit de re sine injuriâ: ergo non est bona illorum consequentia: *donans disponit de re sine iniuria per donationem, & quidem vi juris immediatè præexistentis: ergo est de præsenti simpliciter dominus.* Quodsi dicant, dominium illud morale adhuc constituere simpliciter & absolutè dominum: inferimus: ergo pater occidens filium adhuc in instanti mortis, est simpliciter pater, quia non minùs dici poterit adhuc moraliter pater, quàm destructor dici possit dominus; nam immediatè priùs erat pater, & in hoc instanti

posset

posset non occidere: vel dic: cur relatio Dominij potest dici moraliter durare sine termino, non item relatio patris? Item, qui in se destruit visionem albedinis claudendo oculos, posset, usurpatâ adversariorum phrasi, dici in instanti occlusionis adhuc moraliter, adeoque simpliciter, videre albedinem, quia immediatè priùs viderat, & in hoc instanti posset non claudere oculos.

17. Argumentamur nunc. II. Ex responsione aduersariorum sequitur, eum, qui rem suâ in hoc instanti vult habere pro derelictâ, adhuc esse physicè plenũ dominũ rei; quia res adhuc existit, & de re illa disponit abijciendo illã extra suum patrimonium, non minùs quàm qui donat: hoc autẽ videtur absurdum primò: quia si illa dispositio est efficax, prout revera est, debet obtinere id, quod intendit: atqui, intendit hoc, quod est non esse dominum rei; dicit enim: *Nolo esse*

dominus: ergo non est ampliùs dominus. Quodsi dicas, illam volitionem esse efficacem, quantùm efficax esse potest: non posse autem efficacem esse quoad illud instans, in quo volitio existit, jam admittis illam volitionem semper velle aliquid impossibile.

Neque dicas, quòd, qui vult rem habere pro derelicta, non velit non esse dominus pro instanti, quo existit volitio illa, sed pro tempore sequenti. Nam contrà est, quòd eodem modo dicere deberes, donantem non velle pro hoc instanti donatarium esse dominum, sed pro tempore sequenti: nam donans vult eatenus donatarium esse dominum, quatenus ipse vult non esse dominus: si ergo solùm vult non esse dominus pro tempore sequenti, etiam vult donatarium esse dominum pro tempore sequenti: hoc autem siquis diceret, jam fateretur, non esse duos dominos in solidum

dum in eodem instanti. Declaremus ampliùs in exemplo. Quando quis donat donatione caussâ mortis, non transfert dominium irrevocabiliter, nisi pro primo instanti mortis, adeoque pro tunc, quando ipse non est ampliùs dominus.

18. Secundò absurdũ est, eum, qui rem vult habere pro derelictâ in hoc instanti, adhuc esse dominum: inde enim sequeretur, quòd Professus emittens solenne votum paupertatis, in ultimo instanti verborum adhuc esset dominus suorum bonorum, quibus se abdicat: consequens est absurdum: nam in illo instanti est professus completè: ergo incapax dominij. Confirmatur ad hominem; nam ipse Lugo pro inconvenienti habet, Professum vel per instans fieri dominum earũ rerum, quas Monasterio acquirit, & ideo docet, illa bona acquiri Monasterio immediatè. Et hæc sufficiant ad retorsionem argumenti ad-

versariorum. Quia verò, ut Logici notant, argumenti retorsio non est directa solutio; ut tandem etiam hanc exhibeamus.

19. Observandũ priùs est, Dominium, seu Ius proprietatis posse claritatis gratiâ, dividi in Dominiũ quasi radicale, quod etiã vocari posset incompletũ, vel proveniens ab extrinseco, ut loquitur Martinus de Esparza Artieda, & in dominium formale, completum, & proveniens à forma intrinsecâ. Dominium radicale, seu incompletum est solùmmodò dominium conditionatum; nempe non est aliud, quàm lex illa suprema Naturæ, seu Authoris naturæ, quæ, quantùm in se est, in certis quibusdam casibus alios gravat in favorem unius, sub hac conditione, si favorem acceptet: v. g. lex Naturæ universalis est, ut qui aliquid, quod nullius est, invenit, vel capit, si velit, sit dominus rei, hoc est, habeat omnes alios gra-

vatos

vatos in favorẽ ſui, ut omnes fatentur. Porro lex illa non vult alios gravare in favorẽ mei me invito; adeoq; ſolũ gravat tamdiu, quàmdiu ego volo, ſeu quàmdiu non elicio voluntatem contrariam primæ acceptationi: hac autẽ elicitâ, jam non vult Natura ampliùs alios in mei favorem gravatos. Ecce! antecedenter ad acceptationẽ omnes homines, qui aliquid vel invenire, vel capere, vel efficere poſſunt, vel quib⁹ aliquid donari, vendíve poteſt &c. habent hoc dominiũ radicale & conditionatũ, ſeu incompletũ, & ab extrinſeco proveniens. Quando verò accedit acceptatio, tunc evadit dominiũ completũ, abſolutũ, & ab intrinſeco proveniens. Quando deinde ponitur actus contrarius acceptationi, ejúſq; quaſi revocatorius, hoc eſt, nolitio habendi alios gravatos, jam tollitur aliquid conſtitutivum Dominij ſimpliciter dicti & completi, nempe habitualis perſeverantia acceptationis. Hinc jam

Infe-

Inferimus, Dominium completum non existere in ipso instanti donationis penes Donatorem: ponitur enim per donationem conditio, quâ positâ lex suprema non ampliùs illi favet, sed potiùs illum gravat in favorem illius, quem ipse per donationem designat, & qui acceptat. Pro quo

20. Observamus ulteriùs, Dominium conditionatum & incompletum non solùm esse institutum ad hoc, ut per acceptationẽ possit transire in absolutum, sed etiam ad hoc, ut, postquam, v.g. Petrus acceptavit, possit postea, quando libuerit transferre in alium, designando v.g. Paulum. Unde Donatio, prout se tenet ex parte Donatoris, non est usus dominij absoluti, sed conditionati convenientis donatori per denominationem extrinsecam, provenientem à dominio absoluto instantis immediatè præcedentis, & à lege conditionatè favente pro instanti donationis;

quate-

quatenus, ſi nollet dominium præexiſtens in alium transferre, permaneret dominus, & retineret alios ſibi obligatos.

Obſervamus tertiò, Donatarium per acceptationem eſſe abſolutè dominum dominio intrinſeco & completo. Nec refert, quòd in eo inſtanti non poſſit rem deſtruere, vel alteri donare, vel habere pro derelicta (quia non poteſt ſimul velle, & nolle eſſe dominus) hoc, inquam, non obſtat perfecto dominio: nec enim ad plenum dominium requiritur, ut quis poſſit omnibus modis pro quocunque caſu, aut circumſtantiâ, vel in quocunque ſubiecto poſſibilibus diſponere: alioquin Deus non eſſet plenus dominus cibi, quia eum non poteſt comedere. Sed ſatis eſt, habere jus ad omnes illos actus & uſus, qui hîc & nunc ſunt poſſibiles, & quòd nemo alius habeat jus abſolutum in illâ re.

21. Obſervam⁹ quartò, Donatorē in priori ſigno naturæ intelligi quidem habere dominium conditionatum, ut explicuimus, ſed tamen adhuc præſcindere, an habitur⁹ ſit in illo inſtanti reali conditionatū purum, vel conditionatum completum, ſeu factum abſolutum. Ratio eſt clara; quia omnis cauſſa in priori naturæ præſcindit adhuc ab effectu vel negatione effectûs, ut traditur in philoſophiá: ergo dominium conditionatum, quod eſt cauſſa donationis, præſcindit à donatione & negatione donationis: atqui per donationem fit, ut ſit purè conditionatum, per negationē donationis verò fieret, ut perſeveraret dominium abſolutum, ſicut erat in inſtanti præcedente: ergo ab utroq; præſcindit: quemadmodū ipſa donatio, præcisè prout ſe tenet ex parte donatoris, eſt conditionata, nempe ſi alter acceptet: & conſequentet præſcindit etiā ab hoc, an ſit, vel non ſit evaſura abſoluta:

luta: pendet enĩ hoc ab acceptatione, vel negatione acceptationis. Habet quidẽ donator in instanti donationis Ius absolutũ eliciendi volitionẽ donorivâ, sed hoc jus nõ est jus absolutũ reale, seu in re, quã vult donare; sed est jus in suos actus, quorũ est domin⁹, & quorũ dominium in neminẽ trãsfert.

22. Exemplo hæc omnia planiora exaudent. Quando quis capitulariter eligitur in Prælatum, tunc in instanti completæ electionis nondum habet jus absolutum in beneficium, & necdum est Abbas; habet tamen jus conditionatum, si acceptet, & cõsentiat in electionem tempore à Canonib⁹ præfinito: & simul etiã habet jus absolutũ deliberandi, ita ut nemo intra tempus deliberãdi possit jure eligi, vel substitui. Vnde, si Papa canonicè statueret, vel alicui faceret potestatem, ut beneficium suũ posset in alium pro libitu trãsferre, illa trãslatio tolleret jus absolutum in beneficiũ, sed tamen staret

cum

cum jure conditionato; ídque omnes fateri debent; alioquin concedendum esset, in eodem instanti fore duos Abbates eiusdem Monasterij, vel duos Episcopos eiusdem Ecclesiæ.

23. Ex his denique liquet, Dominium merè conditionatum non excludi à dominio absoluto alterius; quia vi dominij merè conditionati, seu extrinsecè advenientis nullum acquiritur jus reale, seu in re, sed solùm completur potestas proxima acceptandi, vel retinendi, hoc est, eliciendi actus illos, quibus vel acquiritur, vel continuatur Ius & Dominium absolutum rei.

24. His ita constitutis, de quibus nemo prudens ambigere potest, ad fundamentũ aduersariorum respondemus, distinguendo maiorem propositionem: Dominium est plenum & absolutũ jus disponendi, dispositione destructivâ ipsius dominij absoluti, negamus: est jus disponendi dispositi-

positione supponente voluntatem acceptantem, & non revocatam, concedimus. Et ad minorem negamus, quòd donator habeat in illo instanti tale jus, ut ostensum est. Rationem ulteriorẽ & à priori reddimus hanc. Qui vult uti jure suo v. g. in legendo suo libro, debet elicere, saltem intentione virtuali, talem voluntatis actũ, quo dicat v. g. *quia ego hunc librum emi, & translationem acceptavi, nec eum ulli alteri donavi, aut vendidi, nec pro derelicto habui &c. ideo volo eo nunc uti, & volo obligatos omnes alios, ne me ab usu impediant.* Ecce! hic est actus proprius dominij præsupponens essentialiter negationem acceptationis revocatæ, seu revocationis: ergo, cùm donatio sit revocatio acceptationis, & nolitio retinendi dominium, evidens est, non esse actum & usum dominij absoluti, sed tantùm illud præsupponere pro priori instanti reali.

25. Mirum autem esset, si hæc doctrina

ctrina displiceret adversarijs, qui simillimam illi tradunt in Materia *de peccatis*, vel de *pœnitentia:* docent, inquam, Peccatum habituale, realiter loquendo, aliud non esse, quàm peccatum actuale præteritum cum negatione condonationis divinæ &c. ajúntque, Jus Dei ad odio habendum peccatorem propter peccatũ preteritum, intrinsecè constitui, atq; cõpleri per negationem condonationis &c. adeoque ad justum peccatoris odium præsupponi hujusmodi negationem cõdonationis: unde inevitabili cõsequentiâ deducim⁹, ipsam cõdonationem nõ esse actum Juris odio habendi, sed poti⁹ esse huj⁹ juris destructivum, quia tollit formaliter partem constitutivam illius, nempe negationem condonationis: econtrà verò odium peccatoris, & voluntas eum puniendi procedit ex illo jure, præsupponírque omnia ejus constitutiva, nempe peccatum præteritum cum negatione

tione condonationis, satisfactionis, infusionis gratiæ sanctificantis &c. Jam itaque, si adversarij vellent doctrinæ consequentiam observare, deberent pari modo in præsenti quæstione nobiscum philosophari, & dicere, donationem non esse actum dominij præsentis absoluti & completi, quin potiùs esse destructivum formaliter illius, quatenus tollit formaliter negationem voluntatis revocatoriæ acceptationis, per quam constituebatur, & conservabatur dominium absolutum tempore præcedente: econtrà verò lectionem libri, equitationẽ equi &c. esse actus dominij absoluti, quia præsupponunt v.g. emptionem, & acceptationem non revocatam.

26. Instant tamen adhuc Adversarij, sed hebetioribꝰ hastis: si, inquiunt, Donator in instãti donationis non est absolutꝰ dominꝰ, falsum erit axioma lumine naturę clarum: *Nemo dat, quod nõ habet*, quia secundum nos in instãti, quo

quo dat, non habet. Respondemus, non magis esse verum illud axioma, quàm sunt hæc eiusdem farinæ. *Nemo destruit, quod non habet: nemo spoliatur re, quam non habet: nemo occiditur, qui non vivit &c.* sicut ergo ad hæc verificanda satis est, præcessisse immediatè formam, quæ tollitur, ita etiam in donatione satis est præcessisse dominium absolutum, & de præsenti existere adhuc conditionatum, hoc est, quòd, si vel nollem donare, vel alter nollet acceptare, permanerem absolutè dominus.

Simili responsione exploduntur alia exempla, quibus adversarij doctrinam suam fulcire conantur. v. g. inquiunt, in instanti, quo Religiosus se obligat Religioni, est adhuc sui juris, & tamen etiam tunc est sub obedientia: idem est de voto; nam in instanti, quo quis emittit votum, est adhuc liber ad vovendum, & tamen est in posteriori naturæ obligatus: item

quando

quando contrahitur matrimonium, maritus est in priori signo sui juris, & in posteriori signo naturæ obligatus, adeò ut, si tunc consensum haberet in copulam alienam, peccaret peccato adulterij interni. Item in instanti, quo homo peccat, habet jus utendi gratia, & tamen DEVS habet jus eam auferendi. Ad omnia hæc uno verbo respondemus, negando, quòd in priori signo naturæ habeatur jus plenum & absolutum, sed jus conditionatum, cum præcisione à merè conditionato & absoluto: est enim maritus sui juris sub conditione, si nullam duxerit: & sic de cæteris. Quia verò τὸ *Ducere*, vel *non ducere* sunt effectus huius juris conditionati, hoc est, libertatis à naturâ datæ; & caussa libera, seu indifferens præscindit in priori signo naturæ ab omni effectu determinato, ideo jus conditionatum adhuc præscindit ab illis denominationibus, quæ complentur

per ipsos effectus; & quia τὸ *esse ius absolutum* completur per negationem contractûs Matrimonij, vel professionis, & τὸ *esse jus purè conditionatum* completur ex opposito per ipsum contractum, seu per voluntatem destructivam præcedentis plenæ libertatis & Iuris, ideo ab utraque hac denominatione præscinditur in priori naturæ, ut illis, qui in philosophia versati sunt, est indubitatum.

26. P. Wadingus Disput. 11. de Incarnat. dub. 4. ut in hoc puncto aliquid novi diceret, pro contraria opinione argumentum ex Polygamia deprompsit: quo casu constat, utramque uxorem non minus juris habere in corpus mariti, quàm si una sola esset vxor: ergo jus in corpus mariti est penes utramque in solidum. Verùm si Recentior iste vel obiter hoc exemplum considerâsset, utique deprehendisset non probaturum solùm pro unico in-

stanti

ſtanti (quod ſolùm contendit contraria ſententia; nam de tempore omnino negat, & ſubſcribit legibus civilibus) ſed pro totius vitæ tempore. Neutra igitur vxor habet ita plenum & abſolutum jus in corpus mariti, ſicut ſi una ſola eſſet vxor; nam una ſola haberet jus non ſolùm ad exigendum debitum, ſed etiam ad negationem copulæ cum quacunque alia: hoc jus non habent vxores plures eiuſdem mariti. Deinde ut uxor Anna v. g. petendo debitum obliget maritum, requiritur inſuper præventio, adeoque negatio petitionis factæ à Catharina; per quam completur proximum jus ad copulam ſibi præ alia præſtandam. Quodſi fingamus, ambas ſimul petere, tunc neutra determinatè præ alia obligat maritum, ſed penes maritum eſt electio; qui, ſi eligat Annam, hæc jam habet

contra Catharinam jus absolutum, ne impediatur; Catharina verò tale jus non habet, quia deest electio, tanquam ultimum complementum: alioquin, si ambæ haberent æquale jus, daretur bellum utrinque justum, ut etiam observavit Arriaga. Et hæc de quæstione hac speculativa. Nunc ad practica redeamus.

§. III.

Divisio Donationis in Donationem inter vivos & caussa mortis.

SUMMARIUM.

1. 2. 3. 4. Divisio Donationis in eam, quæ est inter vivos, & quæ caussâ mortis.

5 In dubio qualis præsumatur.

6. 7. Promissione factâ de non revocando non degenerat donatio caussâ mortis in donationem inter vivos.

8. 9. Donationis caussâ mortis differentia ab aliis ultimis voluntatibus.

1. Cele-

1. CElebris eſt hæc diviſio. Donatio inter vivos, quæ proprijſſimè donatio eſt, tunc fit, quando dominium rei irrevocabili diſpoſitione in donatarium transfertur, ſive id fiat ſtatim, ſive ad certum tempus futurum v.g. ut fiat donatarij poſt annum.

2. Donatio cauſsâ mortis definitur: Conventio, quâ quis rem mortis intuitu donat, quam ſe magis, quàm donatarium, illum verò potiùs, quàm hæredem habere mavult. Adeoque vult quidem donans rem fieri donatarij irrevocabiliter poſt mortem, ſed tamen cum voluntate deambulatoriâ donantis, ita ut ante mortem donationem pro libitu non minùs, quàm alias ultimas voluntates poſſit revocare, & ideo dicitur malle rem ſuam eſſe, quàm donatarij, donatarij verò quàm hæredis.

3. Dupliciter autem poteſt quis mortis intuitu donare. Primò, quan-

do nullo præsentis periculi metu, sed solâ mortis futuræ memoriâ ductus donat. Secundò, quando præsenti periculo motus donat. Est autem inter utramque hoc notabile discrimen. Si enim donatio fiat in periculo vitæ, transacto periculo exspirat donatio ipso jure, absque ullâ alia revocatione; quia censetur sub conditione mortis secuturæ donatum fuisse, ut colligitur ex §. *mortis caussa. Instit. de donat. l. 12. ff. de condict. ca. da. ca. non sec:* At verò extra præsens periculum facta non exspirat, nisi revocetur.

4. Res mortis caussa donata, si traditur adhuc ante mortem donantis, donatarius fit quidem statim dominus, sed revocabiliter usque ad mortem donantis, qua subsecutâ firmatur. *l. si mortis caußâ res. 29. ff. de mortis ca. donationib. & caption.*

5. Quæritur I. Qualisnam in dubio sit præsumenda fuisse donatio, inter

inter vivos, an mortis causâ. Resp. censendam esse donationem inter vivos. Unde alleganti donationem mortis caussa fuisse incumbit probatio ex communi DD. adeò ut, etiamsi in mortis periculo concepta fuerit donatio, si tamen nulla mortis mentio facta sit, donatio inter vivos censeatur; quia, ut jura loquuntur, non tam mortis caussa, quàm moriens donasse videbitur.

6. Quæritur II. An, si Donationi mortis caussa factæ adijciatur, quòd nunquam revocari debeat, degeneret in donationem inter vivos; adeoq; non gaudeat illis prærogativis, quibus gaudet donatio caussa mortis, nec requirat eius solennitates. Mira est in hoc puncto tam Iuristarum, quàm Theologorũ dissensio propter leges in speciem valde contrarias, & quidẽ eodem titulo Digestorũ comprehendas. Quod enim

talis donatio degeneret in Donationem inter vivos, satis clarè habetur *in lege 27. ff. de mortis ca: donat.* ubi expressè tali donationi denegantur prærogativæ donationis caussa mortis, nempe, quòd non valeat inter virum & uxorem, & non sit locus Falcidiæ detrahendæ. Violenta verò nimis est responsio Hunnij dicentis, quoad essentiam & substantiam manere quidem donationẽ caussa mortis, quoad effectus autem magis esse donationem inter vivos. Nam (ut taceam, rei essentiam & substantiam ex effectibus colligendam, & quæstiones practicas maximè effectibus accommodandas esse) ex ipso textu colligitur contraria mens Iuris-Consulti, qui ex naturâ & substantiâ talis Donationis infert, & colligit per consequentiam, ei tales effectus non competere. Æquè inconveniens est altera eiusdem Hunnij responsio, illam legem fuisse correctã per Novell. 87.

Nam

Nam in dicta Novella expressè protestatur Justinianus, se nihil novi statuere, sed quæ circa donationem caussa mortis jam priùs statuta erant, declarare.

Quod verò maneat Donatio mortis caussa, videtur decisum in *l. 13. in fin. l. 35. §. 4. ff. eod. tit. & Nov. 87. in f.*

7. Salvo meliore judicio potest & legum & DD. dissensio in hoc puncto non incommodè conciliari, si distinguamus duplicem modum, quo ista irrevocabilitas donationi annecti à donatore potest. Primò itaque potest donator per pactum quasi reflexum & ab ipsa donatione distinctum se obligare velle ad non revocandum, quam obligationem posset etiam juramento confirmare, prout infrà de Testamentis non revocandis dicemus; & tunc omnino censemus, adhuc manere donationem causâ mortis, eiúsque effectus sortiri. Ratio est, quia non obstante tali obligatio-

ne & promissione adiecta, adhuc si donans contraveniret, & donationem revocaret, revocatio valeret, esto, peccaret: sicut qui in sponsalibus jurat, se non ducturum aliam, si tamen ducat, valet: tenetur tamen ad interesse. Secundò potest ipsa donatio sic concipi, ut donator dicat, se ita donare, ut velit omnem revocationem esse nullam, & nullam sibi repetitionem competere: & hoc modo donatio erit inter vivos, esto, mors fuerit caussa donandi, ut cum lege 27. citat. loquamur. Et ita reipsa sentit maior DD. pars, post glossam Accursij, quam sequuntur plures, quos refert, & sequitur *Menochius l. 3. de Præsumpt. 35. n. 21. Facbinæus. l. 5. cap. 23. Bacchovius in Treutl. vol. 2. d. 19. thes. 4. litt. A. Gomez, Covarr. uterque Molina, Ferd. à Castro Palao, Zœsius hoc tit. n. 11. Anton. Perez eod. tit. Cod. n. 14.* isti, inquam, docent, illam Donationem vocari quidem caussa mortis, re-

vera autem & substantialiter talem, non esse, eò quòd mors sit potiùs caussa impulsiva, quàm finalis. Cæterùm aliqui ex istis aduertunt, quòd, si talis donatio fieret adhibitis solennitatibus, specialiter requisitis ad donationem caussa mortis, quòd, inquam, tunc maneret donatio caussa mortis, & esset revocabilis, quantumuis donator conaretur reddere irrevocabilem, quia voluntas donantis non potest substantiam immutare.

8. Iustinianus Imperat. *in cit. §. 1. Inst. de donat.* tradit, Donationem caussa mortis ferè per omnia esse legatis æquiparatam: quapropter breviter videndum, in quibusnam conveniat, & discrepet.

Convenit. 1. Quòd etiam subjaceat detractioni Falcidiæ. 2. Quòd etiam detur in ea jus aurescendi, sicut in legatis relictis duobus simul re conjunctis. 3. Quòd conditio impossibilis habeatur pro non adiecta.

4. Ha-

4. Habilitas donantis, & capacitas donatarij attenditur, non pro tempore donationis factæ, sed pro tempore mortis donantis. 5. Transit dominium irrevocabile, sine aliâ traditione à mortè testatoris.

9. Differt ab ultimis voluntatibus, 1. Quòd confirmetur morte donantis independenter ab aditione hæreditatis, si fuit acceptata. 2. Quòd ante mortem requiratur acceptatio, unde dicitur Donatio causâ mortis quoad sui initium & productionem, assimilari potiùs contractui, quàm ultimis voluntatibus.

De solennitatibus huius donationis, cùm eædem sint cum solennitatibus Codicilli, commodiùs alibi dicetur.

§. IV.

§. IV.

De Personis ad donandum inhabilibus.

SUMMARIUM.

1. *Quinam inhabiles sint ad donandum.*
2. 3. 4. *Quid possit filiusfam. circa bona adventitia.*
5. *Minor potest donare caussâ mortis sine tutoris authoritate.*
6. *Quo sensu dicatur donatio quoad sui initium assimilari contractibus.*
7. *Differentia inter filiumfam. & minorem.*
8. 9. 10. *Qualiter Donatio valeat inter conjuges.*
11. *Quid juris circa donationes parentum.*
12. *Quid circa donationes religiosorum remissivè.*

1. REgula generalis est, eos, & eatenus donare non posse, quibus, & quatenus administratione bonorum interdictum est. De quibus egimus disp. de Con-

tract.

tract. in genere. In specie de Conjugibus, & Parentibus aliquid dicendum erit. Priùs tamen

2. Quæritur I. An filiusfamilias pubes possit donare caussa mortis bona adventitia, saltem cum consensu patris expresso. Negant aliqui, ex generali ratione, quòd, qui testamentum facere non potest, nec mortis caussa donare possit. Atqui filiusfamilias non potest, etiam consentiente patre, testamentum facere de bonis adventitijs: Ergo &c. Communior tamen, & verior sententia tenet, posse cum consensu patris donare causâ mortis ea bona adventitia, quorum ususfructus ad patrem spectat. *l. tam is 25 ff. de mortis ca. donat.* ubi dicitur, quòd, licèt filiusfamilias testamentum facere, ne quidem consentiente patre, possit, donare tamen causâ mortis possit: & ideo hic casus est ab illa communi regula exceptus.

3. Ma-

3. Magis controversum est, an filiusfamilias maiorennis possit sine consensu patris donare caussa mortis illa bona adventitia, quorum ipse filiusfam. non solùm proprietatem, sed etiam vsumfructum, immò & plenam administrationẽ habet. Negant multi, quos sequitur *Zœsius*, & *Clariss. Dom. Arn: Rath th. 56.* & *57. qui testam. fac. pos.* Probabilis tamen, & in conscientia tuta opinio affirmat, quam proinde donatarius amplectendo sine scrupulo retinebit rem donatam. Ita sentiunt Paulus Castrensis, Jason, Andreas Fachinæus l. 5. cap. 25. quos sequitur noster Castro Palao, Clar. Dom. Lossius th. 50. Antonius Perez n. 18. & Hunnius q. 61. Ratio est, Authoritas patris non videtur requiri ad integrandam personam filijfam. sicut requiritur Authoritas tutoris, vel Decretum Iudicis, sed solùm ob præjudicium patris, vt ex *l. filiusfamil. ff. de donat.* & *l. fin. §.*

filijs

filijs, C. de bonis, qua lib. Acutè colligit Fachinæus: atqui in illis bonis, de quibus nunc loquimur, non vertitur præjudicium patris: ergo sine eius consensu donare potest, & quidem non solùm mortis caussa, sed etiam inter vivos. Vnde deducunt aliqui ex citt. AA. posse filium hoc modo etiam ipsi patri donare, sive proprietatem, sive usumfructum, sicut posset alteri, si filiusfam: non esset: quia, ut dictum, eius authoritas non requiritur, ubi eius præjudicium non vertitur, neque lex expressa huiusmodi donationem prohibet.

4. Obijciunt tamen aliqui, quòd hinc sequeretur, posse filiumfam. etiam sic donare extraneo quoad proprietatem ea bona, quorum usumfructum habet pater: sicut alius proprietarius potest ea alienare sine consensu usufructuarij. Responderi tamen potest, negando paritatem. Quia utique magis vertitur præjudicium

ĉticatur, nec quidquam habet iniquitatis, immò rationi conformior est: cùm enim legitima filio à patre necessariò relinquenda sit, quid absurdi est, filio vlteriùs tanquam hæredi scripto concedi, quod alijs hæredibus *non suis* iura concedunt?

7. Quæritur. IV. An sicut Testator potest prohibere detractionem Falcidiæ à legatis & fideicommissis particularibus *auth. sed cùm testator, C. ad l. Falc.* ita quoque cauere possit detractionem Trebellianicæ à fideicommissis universalibus. Tam affirmativa, quàm negativa habet pro se gravissimos A A. Pro negativâ plurimos refert Hunnius q. 9. qui tamen affirmativam sequitur, nullum pro eâ authorem allegans: eam verò tenent ex Juristis Clarus §. Testamentum, q. 63. supponens eam ut indubitatam, & ut communem. Gail. 2. obser, 38. asserens, in praxi non esse ab hac sententiâ recedendum. Bacchovius in eam

etiam inclinat. Ex Theologis post alios eam sequitur Wadingus ex eo maximè fundamento, quòd testatori debeat non minor esse potestas prohibendi Trebellianicam, quàm Falcidiam: neque obstat, citatâ Auth: non nisi Falcidiæ mentionem fieri: nihil enim frequētiùs in jure est, quàm nomine Falcidiæ Trebellianicam quoq; (exceptis pœnalibus) intelligi, quod etiam Bacchovius notavit.

Vt in hanc affirmativam opinionem libentiùs abeamus, illud nos maximè movet, quòd adversæ partis patroni nō adverterint, in ipsâ Novella 1. c. 2. §. fin. (unde desumpta est Auth. *Sed cùm)* sermonem esse de hærede prohibito detrahere Falcidiam, cui hæreditatem repudianti succedāt fideicommissarij: unde nō malè subsumit Hunnius: atqui hæres, cui recedenti succedunt fideicommissarij, habuit jus deducendi Trebellianicam: ergo Justinianus non solùm de Falcidiâ, sed e-

tiam

tiam de Trebellianicâ voluit suam Constitutionem intelligi. Ex quo §. illud etiam notatu dignum eruitur, jure hoc novo emendatum esse jus antiquum, quo debebat hæres cogi ad adeundam hęreditatem, & eam fideicommissario restituēdam; hodie verò jura omnia in fideicommissarium transferantur ipso jure etiam absq; restitutione, si hęres hęreditatē repudiet, prout jure novo potest. *Nov. cit. c.* 1.

8. Quæritur V. Quandonam cesset facultas detrahendi Falcidiam. Resp. 1. si hæres neglexerit inventarium conficere. *Auth. sed cum cit.* 2. Si hæres ex juris ignorantiâ, vel sciens legata excedere dodrantem, integra solvit. *l.* 9. *C. ad l. Fal.* quod si errore facti probabili solvit, habet *condictionem indebiti*, quâ repetet Falcidiam.

9. Quæritur VI. An hæres fiduciarius debeat in Trebellianicam computare fructus perceptos eo tempore, quod inter mortem testatoris, & restitutio-

nem fideicommissi intercedit? Resp. Affirmativè. *l. in fideicommissaria. l. 22. §. si hæres. ff. ad SConsultum, Trebell.*

§. XI.
De Codicillis.
SVMMARIVM.

1. *Codicilli natura & vsus.*
2. *Eiusdem solennitates.*
3. *De clausulâ Codicillari.*

1. Codicillus dici solet testamentum imperfectum; in quo hęres directè institui non potest, bene tamen indirectè; sicut & legata relinqui possunt. Fieri potest codicillus tam cũ testamento, seu pręcedente, seu subsequente, quàm sine testamento, seu ab intestato. Introductus est usus codicillorum in gratiam illorũ, qui alioquin testabiles, per accidens impediuntur, v.g. ob testium sufficientium absentiã. Possũt ab eodem plures codicilli fieri, nec unus per alterum revocatur, nisi illi contrarius sit.

2. So-

2 Solennitates requisitæ sunt quinq; testes (nisi in talis personæ testamēto pauciores sufficerent) possunt esse nō rogati, & fæminæ: &, si fiat in scripto, testium subscriptio requiritur. *l. fin. §. fin. Inst. de codicill.* Porro has solēnitates non ut substantiales requiri, sed solùm probationis caussâ, communis est Juristarum doctrina, fundata in §. *fin. cit.* ubi dicitur, nullam solennitatem *ordinationis* desiderari. colligitur etiam ex suprà dictis, nempe hęredē delato juramento fideicommissum fatentem teneri ad restituendum. *l. fin. C. de fideicom.* Immò, si codicillus testamento confirmatus esset, ne quidem probationis testes requirerentur, quæ enim talibus codicillis relinquuntur, ipso testamento relicta censentur. *l. Assessores. ff. de hæred, instit.*

3. Solet testamentis utiliter addi clausula codicillaris: *si hoc testamentum non valet jure testamenti, valeat jure codicilli.* vel æquivalenter hoc mo-

do : *valeat meliore modo:* aliquando subintelligitur, ut in testamento inter liberos: in alijs non subintelligitur, ut suprà notavimus, agētes de testamento nuncupativo. Porro hæc clausula illud operatur, ut testamentum minùs solenne faciat habere vim codicilli, adeóque hæres scriptus debeat haberi ut fideicommissarius, & illi hæreditas restitui etiam ab hærede necessario præterito, aut injustè exhæredato: detractâ tamen priùs suâ legitimâ, ut jam suprà dictum.

§. XII.
De Executoribus vltimarum voluntatum.

SUMMARIUM.

1. *Quinam possint esse executores.*
2. *Quæ executoris obligatio.*

1. QVÆRITUR I. Quinam possint dari executores testamenti. Resp. cōmuniter in testamento nominari unum pluresve Executores; aliquando tamen dari à lege, aliquando à Judice: primi vocantur *testamentarij*, secundi *legitimi*, tertij *Dativi*, sicut de Tutoribus jura loquuntur. Dari autem potest etiam fæmina, immò & servus. Et quidem, si mater per transitum ad secunda vota amittit jus tutelæ, retinet tamen jus exequendi testamentum. Clericus quoque esse potest, immò & Religiosus claustralis ex licentiâ Prælati, Minoribus exceptis.

2. Quæritur II. Ad quid talis executor teneatur. Resp. Acceptare quidem non tenetur, si tamen recuset, amittit, quidquid illi velut in pręmium executionis relictum est. Si plures dati sint, non tamen singuli in solidum, non potest unus sine altero exequi, nisi res sit certa, aut alter non possit. Æs alienum solvere non tenetur, hoc enim non pertinet ad executionem testamenti, sed ab hærede præstandum est, nisi testator illud ipsum ab executore postulâsset. Porro tenetur facere inventarium, & rationem reddere. Denique in foro conscientiæ post acceptationem tenetur exequi, quàm primùm sine ullius damno, aut cessante lucro potest: in foro externo præscribitur pro legatis semestre, pro reliquis annus non impeditus: quo tempore, si ex negligentiâ non est facta executio, devolvitur ad Episcopũ, vel si quem alium pro tali casu nominaverit testator.

§. XIII.

§. XIII.

De successione legitima, seu ab intestato.

SVMMARIVM.

1. *Quinam dicantur intestati.*
2. *Quomodo in successione ab intestato computentur gradus.*
3. *Ordo succedendi ab intestato.*
4. *Abstinente filio, nepos ut agnatus succedat, excludens ascendentes & laterales.*
5. *Deficientibus descendentibus succedunt ascendentes & fratres.*
6. *An facienda divisio bonorum.*
7. *An concurrant fratres ex uno tantùm parente conjuncti.*
8. *An fratrum filij succedant jure repræsentationis.*
9. *Pater ad secunda vota transiens retinet usumfructum bonorum per successionem acquisitorum.*
10. *Laterales quomodo succedant.*

11. *An inter fratres uno tantùm parente conjunctos facienda bonorum divisio.*
12. *An fratres illegitimi succedant fratribus.*
13. *An patruus vel avunculus excludatur â nepotibus ex fratre.*
14. *Quarto loco succedit vxor.*
15. *Quinto loco Fiscus.*

1. HACTENVS de successione testamentariâ: quâ deficiente, undecunque id proveniat, succeditur ab intestato ab illis, quos lex ad successionem & hæreditatem vocat, unde & *successio legitima* dicitur. Porro mera nominis quæstio, nulliúsque ferè momenti (quamvis cæteroquin quæstiones de nomine in Jurisprudentiâ maximi sæpè sint emolumenti) à quibusdam hîc instituitur, an is, qui testari non potest, sit propriè intestatus? certum enim est, quòd non sit intestatus privativè, ob defe-

ctum

ctum potentiæ; nihil tamen prohibet, eum dici intestatum negativè, sicut etiam terra, quæ nullâ arte coli potest, solet inculta dici: unde Ulpianus *in l. 1, ff de suis & legitimis* sic pronuntiat: *planè, qui testari non potuit, propriè non est intestatus, puta impubes, furiosus, vel cui bonis interdictum est, sed hos quoque pro intestatis accipere debemus.*

2. Cùm in hac successionis prærogativâ veniat in considerationem vicinitas in gradu consanguinitatis, observandum imprimis est, in hoc succedendi negotio non computari gradus more Juris Canonici observari solito in matrimonio, sed secundùm Jus Civile, quod in utroque foro observatur: in lateralibus enim enumerantur, & colliguntur tam gradus, quibus unus distat à communi trunco, quàm etiam gradus, quibus alter distat; hinc fratres sunt in secũdo gradu, quia unusquisque uno gradu distat; nepos & patruus sunt in tertio gradu, quia

quia nepos distat duobus gradibus à stipite cōmuni, & patruus uno: patrueles sunt in quarto gradu, quia ambo distant duobus gradibus &c.

3. Ordo succedendi ab intestato habetur in *Auth. de hæredib. quæ est Novella 118.*

Primo loco succedunt descendentes, & excludunt omnes ascendentes ac laterales, servato tamē ordine gradûs; nam exstantibus filijs non succedunt nepotes, nisi in quantum repræsentant filium defunctum suū patrem, aut filiam defunctam suam matrem: quando ergo nepotes succedit jure repræsentandi parentem, unà cum existentibus filiis, suis patruis vel avunculis, amitis vel materteris &c. tunc nepotes aut neptes non succedunt in capita, sed in stirpes, hoc est, non consequūtur tot portiones æquales singuli, quāta est portio singulorum filiorum, seu immediatè genitorum à defuncto, sed consequuntur illam portionem, quam

quam eorum parens consecutus esset, si supervixisset, & quem ex privilegio juris repræsentant: illam autem portionem inter se divident, & quò pauciores sunt, eò quisq; plus consequetur: quodsi unicus nepos esset, totum id consequeretur, quod eius parens, quem repræsentat, cõsecutus fuisset, si supervixisset. Quodsi nepotes soli succedant, nullo concurrente filio, tunc ex probabiliore opinione succedũt in capita, & capiunt portiones viriles, utpote nõ jure repræsentationis, sed suo jure succedentes.

4. Quæritur Si filius, hæres suus, abstineat hereditate paternâ, an nepos avo succedat, si non ut hæres suus (eò quòd pater fuerit heres suus, & jure civili maneat hæres, etiã repudiatâ hæreditate paternâ) saltem ut agnatus, & excludat tam ascendentes, quàm laterales? Negat Hunnius q. 10. nixus maximè. *l. 1. §. 8. ff. de suis & legitim. hæredib.* ubi Justinian, negat, in *suis* esse successionem:

sionem: neque putat hanc legem correctam esse per *l. defunct. C. de legitim.* ubi dicitur: *defunctis suis exstātibus hæredibus, & abstinentibus, vel repudiantibus hæreditatem frater jure consanguinitatis succedere potest.* quia hæc lex solùm probat, fratrem succedere, non verò nepotem. Verùm cōtra hoc rectè urget Vaconius, hac ratione futurā pejorem conditionem descendentium, & liberorum, quàm agnatorum lateralium. Respōdet quidem Hunnius, hoc mirum nō esse, quia diversa est liberorum, & agnatorum ratio: quòd enim, priore agnatorū gradu deficiente succedat proximus, ideo est, quia prior agnatus nunquam hæres fuit: at verò filius tametsi repudians hæreditatem paternā ipso jure hæres fuit: ubi autem alius hæres fuit, non est locus successioni. Hæc tamen responsio haud sufficere videtur: quia nimium probat: inde enim cōsequens esset; quòd nec frater defūcti jure agnationis succederet, utpote

utpote cuius frater defunctus jam aliũ hæredẽ habuerat. Quapropter magis est, ut Vaconio, aliísque assentiamur.

5. Secundo loco, deficientibus descendentibus, succedunt ascendentes, & cum illis succedũt fratres sororésq; actu existentes, saltem ex vtroque parente coniuncti: isti itaq; laterales ex privilegio admittuntur cũ ascendentibus tam immediatis, quàm mediatis, cum hoc tamen discrimine, vt, si concurrant cũ immediatis, accipiant portiones æquales: at verò si existant ascendentes tantùm mediati (nam si vel vnus immediatus existeret, omnes mediatos excluderet, in ascendentibus enim nõ datur repręsentatio: *Nou: 118. c. 2.*) v. g. auus paternus cum avia paternâ, & auus maternus cum aviâ maternâ, tunc isti succedunt solùm in stripes, ac auo aviæq; paternis non plus simul obveniret, quàm vni fratri, aut sorori; nam ascendentibus lineæ paternæ vna portio debetur, & vna ascenden-

cendentibus lineæ maternæ, siue pares sint numero, siue impares.

6. Quæritur I. vtrum in successione ascendentium facienda sit divisio bonorum, ita vt, quæ acquisita sunt ab ascendẽtibus lineæ paternæ, his solis cedant, & econtrà pariter discurrendo de bonis provenientibus ex linea materna. Resp. negativè *cum Fachinæo lib. 6. contr. 4. Harprecht & Hunnio. & colligitur ex Nou. 118. cit.*

7. Quæritur. II. an, sicut diximus, fratres germanos sororésq; simul cum patre & matre concurrere, ita etiam concurrant fratres sororésque ex vno tantùm parente coniuncti? Resp. Negativè. *Nou. 118. cit.* quæ in hoc successionis negotio attendenda, juribúsq; anterioribus præferenda est.

8. Quæritur. III. An fratrum sororúmve defunctorum filij filiæve concurrant cũ ascendentibus jure repræsentationis. Resp. cum distinctione. Vel adhuc exstat aliquis frater, aut soror

ror defuncti, vel nullus ampliùs exstat, sed tantùm liberi fratrũ, aut sororum. In primo casu certum est, liberos alterius fratris, aut sororis jã defuncti, vel defunctæ succedere iure repræsentationis. *Nov. 127. c. 1.* vbi corrigitur *Nov. 118.* in secundo casu verius videtur, nõ succedere: sed ab ascendentibus excludi, quidquid dicat Treutlerus refutatus ab Hunnio & Bacchovio. Nam novella 118. non corrigitur â novella 127. nisi quoad priorem casum, ac proinde ad secundum non est correctio extendenda.

9. Illud tamen hîc observandũ est, quòd, quando parens succedit filio, & sive antè sive pòst ad secunda vota convolat, retineat quidem vsumfructum in illis bonis, quæ per successionem acquisivit, debeat tamen ea, quæ ex bonis ascendentium alterius lineæ advenêre defuncto, per æquales portiones post mortem parentis redire ad fratres defuncti, siqui tunc exstant ex

priore matrimonio, & cum quibus ad successionem vocatus est; immò & ad filios alicuius fratris jam defuncti, utpote patrem repræsentãtes, nisi hi soli & nullus frater exstaret, quo casu poterit parens etiam de proprietate pro libitu disponere. *l. fœminæ. §. fin. C. de secund. nupt.*

10. Tertio loco succedunt cæteri laterales consanguinei usq; ad 10. gradũ inclusivè (exceptis feudis, in quibus non nisi usq; ad septimum gradum, & majoratibus, in quibus in infinitũ succeditur) semper cùm gradûs prærogativâ, hoc est, ut remotiores à vicinioribus excludãtur. Et quidem inter hos primi sunt fratres ex uno tantùm parente juncti: quorum liberi (quidquid nonnulli dixerint) non gaudent jure repræsentationis, nam Nov: 118. c. 3. §. *Huiusmodi privilegium.* hoc jus solis liberis fratrum ex utroque parente junctorum indulgetur.

11. Quæritur I. An inter hos fratres fieri

fieri debeat bonorũ divisio, ita ut uterini in solis bonis maternis, cõsanguinei in solis bonis paternis succedant. Communissima tum Theologorum, tum Juristarum est sententia affirmativa. Cui tamen se opponit Hunnius', arbitratus eam clarissimè colligi ex Nov. 118. c. 3. ubi Justinianus sic loquitur. *In secundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solùm, sive per matrem.* cùm ergo Imperator nullam faciat mentionem divisionis bonorũ, tametsi promiserit, se omnes ab intestato successiones clarâ divisione disponere, sequitur, æqualiter ad omnia bona fratris defuncti vocari. Eidem communissimæ sententiæ se opponit Bacchovius, hac insuper ratione subnixus, quòd, si bonorum qualitas & caussa attẽdenda esset, inde sequerentur hæc tria: primum, ut etiã consanguinei cum utrinq; conjunctis in bonis paternis cõcurrerent. 2. Ut in

ijsdem bonis cum fratris utrinq; conjuncti liberis consanguineus admitteretur. 3. Ut, si tãtùm sint bona paterna, nulla materna, uterinus à cõsanguineo excluderetur. quæ omnia cẽset pugnare cum verbis Novellæ 118. Hæc sanè non immeritò persuadent, rigore juris inspecto, nullam bonorũ divisionem, in casu proposito locum habere. Nec enim credibile est, Justinianum hanc bonorũ divisionem silentio præterire voluisse, alioquin idem de ascendentibus dici posset. immò contrariũ non obscurè colligitur ex ipsis Justiniani verbis, dum dicit: *sive per patrem solùm conjuncti sint, sive per matrem.* quasi diceret, nec respectu bonorũ paternorũ obstare, quòd jũcti sint per solam matrem, nec econtrà. Et hanc quidem, opinionem amplectitur Jus Bavaricũ. L. R. *tit. 41. a. 2.* ubi, cùm *a. 1.* constitutum esset, ut mortuis fratribus & sororibus utrinq; conjunctis succedant horum liberi in capita (quod etiam

juri communi cõformius est) subjungit a: 2. deficientibus fratribus ac sororibus, horúmque liberis succedere fratres sororésque ex uno tantùm parente junctis, horúmque liberos, in omnia bona sine discrimine, sive ea paterna, sive materna fuerint.

12. Quæritur II. An etiam fratres naturales non legitimi, item spurij, succedant fratribus. Resp. cum distinctione. uterinis quidem succedũt, non item consanguineis. *l. 4. ff. unde cognati.* & quidem per spurios hîc secũdum Hunnium q. 42. non solùm illi, qui ex vagâ meretrice, sed etiam, qui ex damnato coitu nati sunt, prout à Jure Can: accipiuntur: quam sententiam tenet etiam Covartuvias in postrema editione de matrim. p. 2. c. 8. §. 5. n. 26. nam licèt ibi à principio videri posset cõtrariũ asserere, statim tamẽ se quasi corrigit, & plures DD. pro ead. allegat; nec referre existimat Hunnius, quòd hi ne matri quidem succedere

permittantur; hoc enim ſtatutum eſt in pœnam ac deteſtationem criminis materni, nec debet ad fratres extendi. Cæterùm plures contrarium tenẽt, ex eo fundamento, quòd nec fratris, nec ſororis nomine ſint digni. *Forſter. de ſucceſſ. lib. 1. c. 8. Schneidevv. n. 47.* In hoc puncto Jus Bavaricum L. R. *tit. 39. a. 4.* ſtatuit quidem naturales & ſpurios (prout hi jure civili differunt à natis ex damnato coitu) ſuccedere tam matri, quàm fratribus & ſororibus illegitimè natis à matre, nihil tamen ſtatuit circa natos ex damnato coitu: deinde ar. 7. ſolùm negat, hos ſuccedere poſſe parentibus, nihil tamen ſtatuit de fratribus & ſororibus.

13. Quæritur III. Si defunctus habeat patruum, vel avunculum, an iſte excludatur à nepotibus ex fratre, hoc eſt, à filijs fratris. Reſp. Affirmativè. §. *illud palàm cit. Novell. 118.* ubi advertendum eſt, in exemplari Venetijs impreſſo, & quibuſdam alijs legi pro *Defuncti*,

Defun-

Defunctis: quem quidem esse errorem multis conatur ostendere Card. de Lugo. verùm jam ante illum alij eundem errorem animadverterũt: & quidem in exemplari quodã Gallico impresso, tum anno 1606. tũ anno 1620. ille error correctus est. Et ratio est optima, quam reddit cit. Card. si vinco vincentem te, multò magis vinco te. atqui filij fratris defuncti ex utroque parente juncti vincunt „¦ junctos tantùm ex unâ parte; hi verò vincunt patruos. ergo.

14. Quarto loco succedit vxor marito, vel maritus vxori, nisi moriatur alter durante divortio. Immò, si vxor sine dote nupsisset, nec mortuo viro haberet, unde commodè sustentaretur, succederet etiam cum liberis in 4. parte bonorum mariti, si liberi non excederẽt numerum ternarium, quodsi hunc excederent, succederet in partem virilem, modò portio nunquam excedat 100. libras auri; cuius por-

portionis ususfructus pertinet ad vxorem, & dominium ad filios. quodsi legatum illi à viro relictum est, illud in suam portionem computabit. *Auth. de exhibend. reis. §. quoniam verò. Auth. an liceat matri & aviæ. §. quia verò legem.*

15. Quinto loco succedit Fiscus, laicus laico, Ecclesiasticus Ecclesiastico. Quando peregrinus in hospitali decedit, bona mobilia ibi reperta distribuuntur ab Episcopo in caussas pias, *Auth. omnes peregrini. C. communia de success.*

INDEX

INDEX TITULORUM.

PARS I.

DE PROMISSIONE.

Fol.

§. 1. *Quandonam Promißio obliget.* 1.
§. 2. *De Stipulatione.* 8.
§. 3. *De Fidejussoribus.* 42.
§. 4. *De Senatûs-Consulto Velleiano.* 64.

PARS II.

DE DONATIONE.

§ 1. *Donationis definitio.* 75.
§. 2. *An duo poßint simul esse domini in solidum eiusdem.* 79.
§. 3. *Divisio Donationis in Donationem inter vivos, & caussa mortis.* 116.
§. 4. *De personis ad donandum inhabilibus.* 125.
§ 5. *De quantitate Donationis insinuationem exigentis.* 137.
§. 6. *De Donationis revocatione inter vivos.* 145.

PARS III.

DE ULTIMIS VOLUNTATIBUS & SUCCESSIONE AB INTESTATO.

§. 1. *Definitio & divisio testamentorū.* 1.

§. 2. *Solennitates Testamentorum.* 5.

§. 3. *Vtrum solennitates sint de substantia.* 22.

§. 4. *Quibus modis testamenta infirmentur.* 41.

§. 5. *De Personis intestabilibus.* 65.

§. 6. *Quinam ex testamento capere possint.* 73.

§. 7. *De modo succedendi ex testamento, & hæredum qualitate.* 80.

§. .8 *De Substitutionibus.* 91.

§. 9. *De Legatis & Fideicommissis.* 112.

§. 10. *De Falcidia, & Trebellianica detrahendâ.* 123.

§. 11. *De Conicillis.* 132.

§. 12. *De Executoribus vltimarum voluntatum* 135.

§. 13. *De successione legitima, seu ab intestato.* 137.

APPRO-

APPROBATIO THEOLOGICA.

D*isputatio Theologica de* Dispositionibus Lucrativis *fidei bonisque moribus non tantùm conformis: sed utrisque admodum est proficua; dum Leges sacras à calumnijs acriter vindicat, & mores Liciti Illicitique discretione utiliter informat. Præterea Admodum Reverendi, Nobilis & Excellentissimi Domini Propugnatoris Schema gerit; nam sicut Ille raro, pulcherrimo tamen connubio, Iuridicis titulis Theologicos honores, & Nobilitati generis solidissimam, totique Ingolstadio proprobatissimam Virtutem coniungit: ita Disputatio gravissimis Iuris-Consultorum placitis profundissimas Theologorum difficultates; subtilitati verò solidissimam veritatem connectit. Quæ proinde cùm tantum lucis lectori, auditorique nihil ambigitur impressura, luce & ipsa, prælóque dignissima jure censetur.*

Henricvs Henrich Societ. Iesv, SS. Theologiæ Professor Ordinarius, & pro tempore eiusdem Facultatis Decanus.

ADMODUM REVERENDO
NOBILI, ATQUE EXCEL-
lentissimo Domino
IOANNI CASIMIRO
STECZEWICZ
Maior Cœtus D D. Sodalium
Academicorum B. V. Ingolstadiensis
veluti Præfecto, & Pro-præfecto suo jam ter-
tiùm renunciato, optiméque merito, gra-
tulatur triplicem è Philosophiâ, Iurispru-
dentiâ, Theologiâ, Lauream supremam; si-
mul in virtutis, & variæ doctrinæ prœ-
mium sacros honores optat,
tranquillâ Poloniâ

ODE PANEGYRICA.

Expunge priscæ somnia fabulæ,
Thalia, veri carminis artifex;
Fingenda sunt, umbris remotis
Ingenuo simulacra vultu.
In obsoleti Geryonis locum,
Virum canamus, Musa, tricorporem,
Felixque monstrum, quod secundo
Anglipolis dedit alma partu.

Hunc

Hunc nec superbus vicerit Hercules
Magni potentem viribus ingenî:
Iustinianus cum Stagirâ
Totus in hanc coïêre mentem,
Totúsque Thomas, & Sapientiæ
Fecêre corpus tergeminum. Iove
Prognata vix vidit virago,
Puniceæ patuêre nubes
Volante Divâ: mox penetralibus
Infusa sese condidit aureis,
Tantóque concinnè paratos
Hospitio, Casimire, semper
Jurat penates incolere. At Deam
Secuta cœlo Gratia multiplex;
Virtus virili corde sedem,
Suada labris facilem petivit.
Venit lepori perpetuo comes
Placente vultu culta modestia,
Et sal severi expers Catonis,
Frontis & explicitæ serenum.
Non hæc, amici credite Saramatæ,
Adblandienti pectine ludimus;
Non fallit incautos sonoras
Largus amor cumulare laudes.

Minora veris, & tenui lyrâ
Tinnimus. Alto Mercurialium
Debebat argento tubarum,
Aut modulis, citharáque Phœbi,
Sonare trinæ gloria laureæ,
Et mille Virtus ſplendida dotibus;
Cannam paluſtrem non licebit,
Multiforámque animare buxum?
Thalia pandat quos modulos licet,
Seu voce criſpâ deproperans melos
Euolvat argutum, minore
Seu ſonitu rudis aura carmen
Agreſte reddat. Maxima nomina
Sonant minori laude decentiùs;
Si carmen Heröes adæquet,
Deteriùs nitet alta Virtus.
Honore multo, & tot titulis ſatur
Decreſcit Heros. Steczevisi tuas
Collaudet impar ut Camœna
Nempe lubens patiêre dotes.
Quot ſemper in te vidimus omina
Sortis beatæ! te Pietas ſuis
Excepit ulnis; te Virago
Clara DEO pia lacte pavit;

Illa & rotatis provida calculis
Fasces supremos jam vice tertiâ
Iussit merentem temperare, &
Parthenicæ dare jura plebi.
His ergo jussis impiger obsequi
Clavum regebas; imperij capax
Ducebat exemplum Sodales
Quo steteras priùs ipse calle.
Sermo trahebat masculus, & tuis
Arsêre flammis pectora sæpius,
Suffectus Atlanti sacro dum
In cupidas bene fundis aures
Cœleste nectar. Seu placuit tibi
Vocale tentare articulis ebur,
Phœbóve currentem secundo
In numeros aperire venam,
Seu de Latino dicere pulpito,
Et delicatis influere auribus,
Suspexit orantem Lyceum,
Et refugis trepidavit Ister
Suspensus vndis, ac fluere immemor.
Astræa recto tramite dicitur
Te dexterâ blandâ prehensum
Per dubij vaga regna Iuris

Duxisse; cœcis te penetralibus
Admisit ultro visere conditam
Natura gazam, segnioris
Quam removet procul ore vulgi.
Et ipsa felix astra perambulas;
Nostris negatum viribus aspici
Spectas venustatis theatrum,
Lucis & immodicæ tenebras
Divinitatis lampade profluas;
Grato Theandrum lumine nobilem
Cum Matre, mirarísque Manes
Elysij nemoris colonos,
Gemmis, & auro multiplici graves.
Quas non reclusit Relligio tibi
Ad sacra portas intuenda?
Abdita quid Theognosis altæ
Rimatur unquam mentis acumine,
Quod non secunda Pallade ceperis?
At jam canendo victa cedit
Debilibus mea Musa nervis.
Tantis coruscum præsidijs caput
(Sic auguramur) læta Polonia
Hunnis fugatis non negabit
Promerita decorare mitra.

Nec ſacro Honori nunc aliam placet
Tentare frontem. Qua Charites ſedent,
Virtúſque, conſiſtat; decenter
Non poterit magis hoſpitari.
Si vota livor mordeat improbus,
Salsúmve Momus riſerit, efficax
Oppone telum, Muſa: claram
Eſt canibus temerare Lunam
Vano latratu præcipuum decus.
Quisquis probatis præmia moribus,
Laudémque ſubducit, negavit
Se ſibi, ſideribúſque Solem.

ILLUSTRIS, ET GENEROSUS
DOMINUS
WOLFGANGUS
GUILIELMUS L. B.
AB UTROQUE FRAUEN-
HOVEN &c.

Eidem Excellentissimo Domino
IOANNI CASIMIRO
STECZEWICZ, &c.
Immortalitatē, quam alij alijs
in rebus frustra quærunt, à litte-
ris, & virtute gratula-
bundus vovet.

ODE SECUNDA.

AT tu difficili dexter in orbita
Ad vera properas limina Gloriæ,
Dum vanis alij conditionibus
Famam sollicitant proci.
Votorum stolidus quot rapit Africus,
Fortunæque fames insatiabilis?
Indos Hesperij, Gallia Canadam
Insana spoliant rate;

Immen-

Immensùm cupimus; nîl capimus. Manus
Quod jam læta tenet, mox celeri fugax
Aufert hora rota. Vivere fabula est;
Et noctis breve somnium,
Quidquid mens agitat, lubrica decipi.
Multus sub vacua nubis imagine
Credit sollicitis stringere brachijs
Ixion, quod amaverat.
O quàm vota tibi Iupiter æquior,
Et flammas animo suscitat utiles,
Alti quando cavos ingenij sinus
Multa Pallade sedulus
Implêsti studio non satiabili!
Hoc unum miseri dicere possumus
Nostrum, quod genio scire datur; vaga
Sortis cætera sunt jocus.
Nîl culti superet lumina pectoris;
Nec Virtus alio lacte adoleverit,
Quàm quod Virgineo Palladis ubere
Expreßit patiens labor.
Ibis jam Sophico pulvere pulchrior,
Et lauro triplici, quàm gravis hosticis
Traianus spolijs, & domita ferox
Pellæus juvenis Tyro.

Ode Secunda.

Cantabit resono Vistula littore
Tantis conspicuum dotibus ingenî;
Te sacro meritis conveniens Honor
Inducet Capitolio.
Dum culta Abnouius Boïca dividet,
Curvus belligeros visere Pannones,
Laudes praco tuas perpetuo memor
Lympha murmure concinet.

Ode Secunda.

Carmine [illegible] levare
Laetis conspicuum dotibus ingenii
Si sacra [illegible] Honor
[illegible] Capitolio.
[illegible] Alemnius Boica dividet,
[illegible]
[illegible] proprium [illegible]
Lympha murmure [illegible]

PARS III.

DE

DE VLTIMIS VOLUNTATIBUS ET SUCCESSIONE ab Inteſtato.

§. I.

Definitio & diviſio Teſtamentorum.

SUMMARIUM.

1. 2. *Definitio Teſtamenti.*
3. *Variæ Teſtamentorum diviſiones.*
4. *Cur introductus duplex teſtandi modus.*

1\. TESTAMENTUM definitur *l. 1. ff. qui teſtam. fac. poſ. Voluntatis noſtræ juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Ampla nimis Accurſio viſa eſt

hæc definitio, utpote applicabilis etiã alijs ultimis volũtatibus, ut Codicillo, Donationi causâ mortis, &c. Quapropter DD, ut eam sustinerent, varij varia dixere. Primò aliqui differẽtiam Testamenti ab alijs ultimis voluntatibus in eo collocârũt, quòd Testamentum sit dispositio perfecta, habens solennitates à Jure requisitas ad valorem suum: Codicillus verò, esto requirat & ipse solennitates aliquas, eas tamen non requirit ad valorem, sed solùm ad probationem; & prætereà non sit perfecta dispositio, quia non continet institutionẽ hæredis: & hanc differentiam volunt indicari per part: *Justa*, nisi fallor, satis violẽter. Prætereà quam, quòd definitio Testamenti ita explicanda sit, ut non præjudicet sententiæ valde communi asserenti, nec Testamentorum solennitates aliter quàm ad probationem requiri. Et quidquid sit de veritate huius sententiæ (quam paulò post discutiemus) si lo-

si loquamur de facto, sanè de possibili nemo negat, potuisse leges valorem relinquere testamentis etiam minùs solennibus; & tamen tunc fuissent testamenta: ergo essentia testamēti bene concipi potest sine solennitatibus, non minùs, quàm Codicillus.

2. Aliter, & paulò commodiùs atque subtiliùs interpretatur particulam *Iusta* Harpprecht *in addition. ad Iulium Clar. n.24.* volens perinde esse, ac si diceres: intacta, illibata, omnibúsque modis rata: quo sensu codicillus & aliæ ultimæ voluntates non sunt justæ, quia potest ab illis detrahi vel Trebelleianica, vel Falcidia.

Quodsi nec hæc subtilitas placet, addi possunt definitioni cum Accursio, aliísque RR. hæc verba: *cum directâ hæredis institutione.* nam licet in codicillo possit hæres fideicommissarius institui, hæc tamen non est *directa institutio*, sed substitutio indirecta, ut suo loco dicetur.

3. Dividitur Testamentum primò ratione finis in testamentum ad caussas pias, & testamentum ad caussas profanas, quorum primum est valde privilegiatum, ut infrà dicetur.

Dividitur secundò ratione objecti in Testamentum, quod fit inter liberos (ésque etiam privilegiatum) & Testamentum factum inter extraneos.

Dividitur tertiò ratione caussæ efficientis in Militare, & Paganicum: quod, si sit rustici, cæci, muti, surdi, &c. habet iterum quædam specialia, ut infra.

Dividitur quartò & principaliter in Testamentum Scriptum, & Nuncupativum: occasione cujus divisionis solennitates ad testamentum requisitæ declarantur.

§ II.

§. II.

Solennitates Testamentorum.

SVMMARIVM.

1. *Cur introductus duplex testandi modus.*
2. *Qualiter ad Testamentum scriptum requiratur scribi hæredis nomen.*
3. 4. *Quot, & qui testes idonei adhibēdi.*
5. *An in testamento filijfam. pater testis esse posit.*
6. *An legatarij arceantur.*
7. *An septem testium solennitas sit contra legem divinam.*
8. *Vbinam obtineat cap. cùm esses. de Testam.*
9. *Testiū subscriptio qualis esse debeat.*
10. *Quomodo Testamenti factio continua esse debeat.*
11. *An requiratur præsentia Notarij.*
12. *Differentia Nuncupativi à Scripto.*
13. 14. *An Nuncupativum valeat per relationem ad schedam.*

15. *An valeat factum annuendo interroganti.*

16. *Quæ testamenta sint privilegiata.*

1. DVPLEX species Testamentorum Scripti nimirum & Nuncupativi prudenter est introducta. Ut enim aliqui sine scripto testari possent, requirebat tum conditio eorum, qui nec ipsi scribere nôrunt, nec alteri scribendi negotium sine periculo committere possunt, aut voluntatum ratio eorum, qui testamenti factionem eousque differunt, donec ad extrema deducti non possunt ampliùs adhibere solennitates omnes, quas Jura ad testamentum scriptum requirunt. Econtrà etiam scripto testamentum fieri posse necessarium erat: si enim omnibus esset nuncupativè testandũ, sæpe crearetur periculũ pupillo, casu quo quis illi substitutus esset: sępe ansam pręberet æmulationi inter liberos & propinquos &c. Diversæ igitur

igitur ad utrumque testandi genus solennitates requiruntur.

2. Ad testamentum scriptum requiritur imprimis, ut nomen Hęredis, vel ipse Testator per se vel per alium scribat: & si quidem per alium scribi curet, ipse vel propriâ manu, vel per octavum testem & nomine adhibitũ in reliquorum testium præsentiâ subscribat. *Auth. & non observato eo. C. de testam. Nov. 119. c. 9.* ubi jus antiquum corrigitur. Si verò totum testamentum vel saltem nomina hæredũ propriâ manu scripsit, non est necesse adhibere octavum testem; debet tamen in ipsâ scripturâ exprimere, se propriâ manu scripsisse. *l. cùm antiquitas. C. de testam.* Jmmò Constitutiones Imperij & statuta Bavarica requirunt, ut etiam tũc propriâ manu subscribat, vel octavum testem adhibeat L. R. *t. 34.*

3. Secundò requiritur, ut adhibeantur (ubi non est exceptio) septem

testes, non solùm, qui cæteroqui sint ad testificandum idonei (quales non sunt furiosi, muti, surdi, prodigi, damnati ob crimen famosum &c.) sed insuper, qui sint masculi, puberes, liberi, rogati seu inuitati ad testificandum, qui testatorem audiant, & videant, suũ nomen subscribant, & sigillent, seu proprio, seu alieno sigillo; dummodo hoc ipsum scripto exprimatur saltem de jure Bavarico. L. R. *t.34. a.1.* quo etiam jure requiritur, ut major testium pars proprio sigillo utatur. Quodsi sint imperiti, possunt per aliũ subscribere, factâ tamen huius alienæ subscriptionis mentione. Non est tamen necessarium, ut testes in hunc finem specialiter cõvocentur, satis est, si etiam casu præsentes moneantur, quòd testamenti caussâ adhibeantur. *l. 21. §. pen. ff. h. t.*

4. Præterea testes in testamento esse non possunt Domestici testatoris, & ipsius hæredis, ac à fortiori nec hæ-

res

res ipse. Domesticorum nomine hîc solùm modò veniunt illi, quorum alter in alterius patriâ potestate, vel ambo in potestate patriâ tertij sunt; unde consequens est, filium fam. non posse esse testem in testamento patris, nec econtrà; nec fratrem in testamento fratris sub eadem secum patriâ potestate constituti. Neq; tamen arcentur à testimonio maritus, frater emancipatus, libertus, socius, famulus conductus. Quæ omnia colliguntur *ex* §. *Pater. Instit. h.t.* Jmmò & filius emãcipatus, sive ipsius testatoris, sive ipsius hæredis potest esse testis, cùm nec lex, nec ratio legis resistat, ut ostēdit Clar. Dn. Rath. th. 57. & seq.

5. In testamento filijfamilias etiam de bonis Castrensibus pater testis esse non potest. §. *in testibus. Inst. h. t.* Difficillimum tamen est cum hoc textu conciliare legem, *qui testamento* §. *2. ff. h. t.* Citatus Author existimat, eam loqui de filiofamilias, qui testamen-

tum jure militari condit,& ideo non habet opus testibus tanquam solenniter requisitis, sed tantùm probatorijs,& quà talis rectè adhibetur pater, ut,si volũtas testatoris filij nullâ fortè scripturâ exstante ab eiusdem fratribus vel sororibus negaretur, ac proinde duobus testibus probanda esset,rectè ea per patrem unà cum alio teste doceri posset. Subtilis equidem hæc est interpretatio; sed ideo difficilis, quia vix cum toto contextu cohærere videtur: nam immediatè priùs sermo erat de filiofam:, quòd non possit esse testis solennis in testamento patris; & statim subjungitur: Per contrarium patrem posse esse testem in testamento filijfam. testantis de bonis castrensibus: videtur proinde etiam loqui de testamento solenni. Quia tamen melior conciliatio non occurrit, ea displicere non debet, nisi quis malit cum Hottomanno sentire, antinomiam, hanc nullâ probabili ratione conciliari posse.

6. Le-

6. Legatarij, & Fideicommissarij particulares, (utpote qui hæredes nō sunt) à testimonio non arcentur. *§. legatarijs autem. Inst. h. t. l. qui testamento cit.* Ratio difficulter redditur; videtur enim hoc contra communem regulam introductum, quòd nemo in propriâ causâ testis esse possit. Quia tamen Testatoribus oppidò difficile fuisset invenire semper idoneos testes ex ijs, quibus nihil relinquere cogitarent; & inconveniens visum meritò sit, eum, qui testis rogaretur, hoc ipso nuntium accipere, se nihil à testatore consecuturum esse; cùm tamen fortè priùs sperâsset: ideo convenientius erat, hos non excludi; & quidem non solùm hoc accipiendum est de Testamento scripto, sed etiam de nuncupativo; legibus quibusdam indistinctè loquentibus. *l. 22. v. testibus. C. de testam. l. qui testamento cit.*

7. Contra septenarium numerum testium obijci solet. *cap. cùm esses. de*

Testam.

Testam. ubi Alexander III. dicit, tot testium necessitatem esse alienam à lege divinâ,&c. & statuit, sufficere duos testes cum Paracho, vel in eius locum alijs duobus testibus substitutis. Resp. Pontificem noluisse dicere, leges civiles esse *cõtra* legem divinam, sed *præter*, hoc est, aliquid plus requirere; quod absurdum non est, nec illud Pontifex reprehendit, reprehensurus alioquin seipsum, qui Parochi præsentiam ultra duos testes requirit.

8. Porrò ille canon obtinet ex mente Pontificis in solâ terrâ Pontifici in temporalibus subjectâ, & in Galliæ Regno etiam in foro civili est receptus. Cæterùm licet non pauci velint, esse observandum in toto orbe Christiano in testamentis Clericorum, contrarium tamen verius est, & traditur à nostro Molina *d. 133. & Iulio Claro hîc q. 57.* qui ait esse generali consuetudini conforme. Neq; tamen hi duo Doctores (ut nõnemini JConsultorũ

visum

visum est) sine discrimine asseruerũt, testamenta Clericorum in terris Imperij facta non subsistere, nisi solennibus jure Civili præscriptis fuerint munita; sed inter se discrepant in hoc, quòd Julius Clarus arbitretur, esse distinctionem façiendam inter forum sæculare, & Ecclesiasticum, & in illo esse judicandum secundum Jus Civile; v.g. si duo laici inter se contenderent propter testamentum Clerici; in Ecclesiastico verò secundum citatum canonem: Molina verò nolit hoc discrimen admittere, sed velit in utroque foro esse eodem modo judicandum; etsi dubitet, an sit judicandum juxta *cap. cùm esses.* an juxta jus civile, nec de hoc aliquid statuit, sed ait, consuetudinem esse attendendam.

9. Quoad Testium subscriptionem, ut ea rectè fiat, requiritur primò: ut omnes & singuli non solùm suum nomen subscribant, sed etiam nomen Testatoris exprimant, & annotent, cujus

cujus testamentum signaverint. *l.pen. ff.h.t.* Jure tamen Bavarico sufficit nomen testatoris à duobus testibus exprimi, modò cæteri se ad illos referant. *L.R.t.34, a.14.* quo etiam jure sufficit, si major testium pars propriâ manu subscripserit; cæterorum verò loco, si scribere nesciant, alius contestis subscribat, & huius subscriptionis mentio fiat.

10. Tertia solennitas est, ut totum testandi negotium uno contextu, hoc est, tempore continuo, eodémque loco, & nullo actu penitus extraneo (quales sunt cõtractus non habentes aliquam pertinentiam ad ultimam testatoris voluntatem) interveniente absolvatur; adeoq; in testamẽto nuncupativo ipsa hæredis nominatio, in testamento verò scripto subsignatio & subscriptio, testibus semper præsentibus fiat, esto ipsũ testamentũ diu ante conscriptũ fuerit. *l.hâc consultissimâ cit.* Quę omnia sunt morali æstimatione

ne pensanda: unde modicum aliquod intervallum, ex aliquâ necessitate, non officit.

11. Quartam solennitatem addunt aliqui, præsentiam Notarij seu Tabellionis; sed immeritò; nam lege *hâc consultißimâ* nihil de hoc habetur, utilis tamen est eius subscriptio, à quâ consequitur vim scripti authentici, & publici.

12. Nuncupativum Testamentum paucioribus absolvitur, scilicet non est opus subscriptione aut sigillo; immò nullâ scripturâ opus est; quamvis consultum sit, ut etiam illi, qui tãtùm nuncupativè testari volunt, facilioris probationis causâ curent à publico Notario voluntatem nuncupatam scripturâ authenticâ excipi. Differt igitur Nuncupativum à Scripto maximè in hoc, quòd de essentiâ nuncupativi sit nuncupatio, hoc est, talis manifestatio hęredis, quâ indubitabiliter hæres innotescat testibus; quod quidem

dem communiter fit, si testator voce articulatâ proferat nomen hæredis, sive deinde nomen proprium exprimat, sive alio modo circumscribat, ut intelligatur, de quo loqui velit. Sufficeret etiam, si in præsentiâ testium propriâ manu hæredem illis spectantibus scriberet, vel ante scriptum legendum exhiberet, & indubitabilibus signis indicaret, hūc se velle hæredem esse. Econtrà testamentum scriptum, etsi non pugnet cum hæredis manifestatione, hanc tamen non requirit; immò in hunc finem maximè introductum est, ut possit hæres latere testes, ut exprimitur in cit. *l. hac consultissimâ.*

13. Quæritur 1. valerétne testamentum nuncupativum, si nuncupatio hæredis fieret per relationem, ad schedam aliquam dicendo, v.g. *Institthe hæredem eum, quem in scheda apud talem vel talem confessarium meum depositâ designavi.* Communissimè DD. ante

antehac affirmârunt teste Julio Claro *q. 4. §. sed pone. & q. 30.* qui & authoritate motus eam sequitur, aítque ita practicari. Augustinus Barbosa testatur, ita fuisse sæpiùs in Rotâ Romana judicatum: eandem tenent, multis alijs relatis, Harpprecht in Jul. Clar. itē noster Molina, Diana, & alij apud Card. de Lugo. neque nobis dubium est, in quibusdam tribunalibus Hispaniæ præsertim & Italiæ, tale testamētū, jure saltem cōsuetudinario, sustineri.

14. Nihilominus, jure scripto inspecto clarissimum videtur, tale testamentum non valere, prout etiam sentiunt *P. Gabriel Vasquez opusc. de testam. c. 1. §. 8. n. 46. Card. de Lugo n. 5. in fine. Clariss. Dn. Arnold. Rath. th. 9.* Imprimis enim verba legis requirunt, *ut omnino sciant testes, qui sint instituti hæredes.* atqui in casu posito non magis scirent, quàm in testamento scripto. Rationem optimam reddit laudatus Cardinalis: nam si contraria sententia vera

esset, sequeretur, frustra requiri in testamẽto scripto subscriptionem & sigillum, saltem regulariter loquendo (quidquid sit de casu extraordinario, quo testator protestaretur, nolle se testamentum aliter, quàm ut scriptum, valere) sequela probatur: nam quando testamentum non habet quidem omnes solennitates testamenti scripti, habet tamen solennitates testamenti nuncupatiui, sustinetur ut nuncupativum, ex communi DD. & expressè tradit *Ferdin. Vasq. l. 2. §. 11. n. 4.* & hoc verum est, etiamsi clausulam non addat: *si non valet ut scriptum, valet ut nuncupativum*, ut notat Dn. Rath. th. 15. 16. observans in hoc esse discrimen inter Testamentum & Codicillum, quòd Testamentum insolenne, ut habeat vim Codicilli, debeat clausula Codicillaris addi. Atqui testamentum scriptum carens subscriptione &c. semper posset valere ut

nuncu-

nuncupativum, quia semper fieret relatio ad schedam illam non subscriptam. Denique Jure Bavarico L. R. *tit.* 34. *a.* 4. immò & Imperiali Constit. Maximiliani. I. 1512. claris verbis hæc sent. confirmatur.

15. QVÆRITVR secundò. Utrum valeret Testamentum Nuncupativũ, si Testator jam morbo gravi oppressus, mortíque vicinus, nec satis articulatè potens loqui, interrogatus ab aliquo, num v. g. Sempronium vellet esse hæredem, responderet coram testibus: *Ita.* Affirmat Menochius *l.* 4. *de Præsumpt. præsum.* 8. *n.* 16. *& seq.* Negant communiter alij ex hoc fundamento: quia cùm probari nequeat, testatorem priùs animum testandi habuisse, præsumitur potiùs ad submovendam molestiam & importunitatem interrogantis, quàm animo serio disponendi respondisse. Quidquid sit de præsumptione, Jure Bavar. recepta est negativa *cit. tit. a.* 5. ubi tamen ad-

 ditur,

ditur, legatum & fideicommissum sic relictum valere.

Hactenus de Testamentis, prout communiter fieri debent. Nunc de illis, in quibus vel rigoris aliquid remittitur, vel augetur.

16. Imprimis igitur universim existente publicâ calamitate septenarius testium numerus nõ requiritur; unde tempore pestis, teste Gail, Camera Imperialis in judicando sequitur opinionem eorum, qui duos testes dicunt sufficere, quando pestis sæva est.

Secundò excipitur testamentum rustici factum in loco, quo plures testes quàm quinque non possunt facilè reperiri. *l. fin, C. de Testam.*

Tertiò excipitur testamentum inter liberos seu descendentes, de quo plura seq. §.

Quartò excipitur testamentum militis, qui potest in bellica expeditione testari cum solis duobus testibus rogatis, etiam fæminis, & sufficit quocunque

cunque

cunque signo indicari: valetq́; huiusmodi testamentum, si miles intra annum, à quo reversus est à militia, moriatur. *tot. tit. C. de Testam. milit.*

Quintò excipitur Testamentum cæci, qui solùm nuncupativè testari potest, debentq́ue intervenire septem testes & notarius, coram quibus vocatis debet proferre hæredum & legatariorum nomina, & portiones relictas; quæ omnia debẽt coram testibus scribi, vel etiam scripta legi à Notario, vel alio eius locum subeunte; & omnes testes debent subscribere & signare cum Notario. *l. 8. C. h. t.* quæ tamen solennitates non requiruntur ad testamentum cæci inter liberos; probabiliùs enim in his cæcus eiusdem conditionis est cum non cæcis. *Dn. Rath. th. 85. qui testam. fac. poss.*

§. III.

Vtrum Testamētum sine debitis solennitatibus factum etiam in foro conscientiæ sit invalidum.

SVMMARIVM.

1. 2. 3. *An solennitates sint de substantia Testamenti.*
4. 5. *Præcluditur effugium negantium.*
6. 7. *Leges contrariæ explicantur.*
8. *Quandonam leges fundentur in præsumptione.*
9. 10. 11. *Duo testes in testamento ad pias caussas solùm probationis caussa requiruntur.*
12. 13. *Obviatur Exceptioni.*
14. *In testamento inter liberos non requiruntur solennia.*
15. 16. *Explicatur auth. Quod sine. C. de Testam.*

Controversia celeberrima est, an, si testamentum minùs solenniter

ter conditum est, & tamen hæredi ab intestato certò constat, animum testatoris fuisse, ut ille hæreditatem acciperet, qui minùs solenniter institutus est, an, inquam; in conscientia teneatur hæres ab intestato relinquere hæreditatem hæredi minùs solenniter scripto, & econtrà, an hæres ex testamento minus solenni (de cuius defectu fortè nemini alteri constat) possit hæreditatem sibi retinere, si sciat, intentionem testatoris fuisse, ut ipse hæreditatem acquireret; vel potiùs, an teneatur in conscientiâ tradere illi, qui est hæres ab intestato. Et quidem certum est, ob probabilitatẽ opinionum utramq; partem practicè tutam esse, quamdiu Judex pro neutra litigantium parte pronuntiat. Quæstio præsens igitur theorica est, nempe quid ex intrinsecis principijs (ut Theologi loquuntur) discurrendo, & seclusâ omni authoritate verum sit.

2. Loquendo de possibili certum

quoque est, potuisse legislatores subditos suos ita astringere ad certas solennitates, ut his non observatis actus testandi esset nullus, quemadmodum Concil. Tridentinum reddit inhabiles ad contrahendum matrimonium sine duobus testibus cum Parocho: è contrario non minus certum est, legislatores, si voluissent, potuisse solùm modò tollere à testamento efficaciam ad probandum in foro externo, nisi haberet tot solennitates, esto in foro conscientiæ nasceretur obligatio; sicuti quasdam personas declarat inhabiles ad ferendum testimonium, hoc est, non acceptat tanquam efficax ad probandum: potuissent denique etiam mediâ quadam viâ procedere, & constituere, ut testamentum minùs solenne valeret eoúsque, ut hæres in eo scriptus posset tamdiu retinere hæreditatem, & fructus inde tanquam verus dominus tamdiu lucrari, quamdiu hæres ab intestato litem non mo-

veret, & repeteret, prout de donatione insinuandâ, & inter conjuges factâ suprà diximus. Quæstio tota est, quid ex his de facto lex statuerit. Plerique Theologi, nec pauci JConsulti volūt, huiusmodi testamenta insolemnia valere in foro conscientiæ. Ita post alios noster Molina, Lessius, Wadingus: ex Juristis Mantica, & Julius Clarus.

3. Asserimus 1. probabilius esse, Testamentum minùs solenne quoad caussas profanas ne quidem in conscientia parere obligationem, adeóque solennitates à Jure requisitas non requiri præcisè ad probandam voluntatem defuncti, & ob præsumptionem fraudis, sed ut substantiales & essentiales. Ita ex Theologis *Bonacina, Bannez, Becanus, Diana, Vasq. Salas, Lugo, Dedicastillo.* Ex Juristis plurimi, inter quos *Covarr. c. cùm esses de testam. n. 8. Ant. Gomez. Menochius de Præsumpt. l. 1. q. 80. Clar. Dn. Arnold. Rath. th. 92. & seqq.*

Ratio Conclusionis est. Quandocunque verba legis sunt absolutè irritantia cōtractum aliquem, & non explicāt alibi, se nolle tollere obligationem naturalem, tunc censendæ sunt etiam pro foro interno irritare: atqui voluntas insolenniter testantium ita irritatur: ergo. Majorem probavimus *thesib. de Contract. in gen,* & plerique adversariorum admittunt. Minor probatur ex lege: *hac consultissimâ. C. de de Testam.* in quâ post descriptas solennitates, quæ requiruntur, hæc subjunguntur. *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti (nisi inter suos liberos à parentibus utriusque sexûs habeatur) non volumus. Si verò huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea, mixta persona, certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis accrescere.* Hæc ibi.

4. Respondent adversarij 1. aliud esse, testamentum reddi invalidum, aliud

aliud, ipsam voluntatem testatoris reddi inhabilem ad transferendum dominium. Verum itaq; est, inquiunt, illud Testamentum materialiter sumptum, sive chartam, in ratione instrumenti publici esse invalidum, & pro nullo haberi &c. ita scilicet, ut ex vi illius nec peti hęreditas in judicio possit, nec à Judice adjudicari: adeoque si hæres scriptus nõ habeat aliam probationem pro se, quàm illud testamentum, nihil illi deberi, & in hoc sensu esse irritum: cum hoc tamen bene consistere, quòd si hæres sciat voluntatem defuncti fuisse, ut ipse haberet hæreditatem, illam possit retinere.

5. Non inficiamur, hac responsione eludi posse aliquos Juris textus, quibus Testamentum dicitur nullum, *ut* §. *in eo Inst. quib. mod. test. infir. l. si binæ. ff. de injusto rupto.* & ideo eos nõ attulimus. Verùm legis *hac consultissimâ* verba nimis aperta sunt, dum ait: *nolu-*

nolumus tenere voluntatem defuncti. & dum vult partem permixtæ personæ extraneæ *liberis accrescere*, cui consonat lex ultima. *C. fam. hercisc.*

6. Respondent secundò. Majorem propositionem argumenti nostri veram esse, nisi ex alijs legibus contrarium colligatur; quod equidem in præsenti quæstione fieri ostendere conantur. Petrus Wadingus non segnior Jurista, quàm Theologus *disp. 2. dub. 2. §. 1. n. 3.* affert legem *Paulus. ff. de reb. eorum, qui sub tut.* quæ sic habet. *Paulus respondit, etsi testamentum patris postea irritum esse apparuit, tamen tutores pupilli nihil contra voluntatem divorum Principum fecisse videri, si secundum voluntatem defuncti testamento scriptam prædiū rusticum pupillare vendiderunt.* Ex quâ lege format Wadingus hunc discursum. Edixerat Severus, ne tutores pupillorum eorum prædia venderent, sine decreto Judicis, nisi parens in testamento cavisset vendi prædium: tutor

tutor ex testamento minus solenni sciens voluntatem defuncti vendidit prædium sine Decreto Judicis. Paulus JConsultus respondit, nõ fecisse contra voluntatem Imperatoris; quia nõ fuit legislatorum mens auferre à testamento minus solenni omnem omninò vim, &c. Imprimis, si hæc lex pugnaret contra nos, uno verbo responderemus, esse correctam Jure posteriore Codicis. sed non est opus huc confugere: neq; enim lex *Paulus* quidquam ad rem facit. Falsò quippe supponit Wadingus, quòd testamentum, de quo ibi sermo est, fuerit nullum ex defectu solennitatis; sed erat irritum ex inhabilitate defuncti propter capitis diminutionem, ut habet glossa. quapropter etiam in sententia adversariorum tale testamentum non minus erat nullum, quàm testamentum pupilli, &c. ergo inde nihil possunt adversarij habere subsidij. Nihilominus ex mente JConsulti sufficiebat

illud

illud testamentum ad probandum, quòd voluntas patris fuerit, vendendum esse prædium, & ideo tutor rectè vendidit: quia Severus plus non requisivit, quàm ut constaret de voluntate patris, de quâ optimè poterat constare ex testamento, cuius nullitas provenit præcisè ex inhabilitate omnimodâ personæ.

Minùs ad rem facit lex *Militis.*§.*veteranus.ff.de militari testam.* non enim est ibi sermo de testamento minùs solenni, sed minùs solenniter revocato quoad institutionem, licet sufficienter revocato quoad legata, ut infra agentes de modis rumpendi testam. declarabimus.

7. Obijciunt adversarij 1. *legem,si utiliter.l.Quæstionem.C.de fideicommiss.* §.*fin.Inst.de fideic.hæred.* ubi dicitur: *si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale commissum restituat, & neque ex scripturâ, neque ex quinque testium numero possit res manifestari;*

festari; tunc si hæres perfidiâ tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam: si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cùm priùs ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quòd nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi, vel universalis, vel specialis solutionem coarctari; ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Has leges imprimis nimiùm probare notauit Card. de Lugo: probarent enim etiam pro foro externo nõ requiri vltimatè illas solennitates, sed illis deficientibus offerri posse iuramentum hæredi ab intestato, sibi non constare, nec se audiuisse â defuncto, quasi vellet aliũ esse hæredem, quod tamen aduersarij non admittunt, nec in praxi obseruatur. Loquuntur ergo leges illę non de testamento & hæredis institutione, sed de fideicommissis, in quibus, quia testator fidei hæredis vel legatarij cõmittit aliquid

quid solvendum vel restituendum, tunc etiam deficientibus solennitatibus, statur fidei eiusdem hæredis, vel eius, qui solvere debet; cui delato juramento, si fateatur eam fuisse defuncti voluntatem, solvere compellitur, si verò jurare renuat, pro confesso habetur. Ratio autem, cur hoc specialiter statuatur in fideicommissis, redditur in ipsis legibus ex Etymologia nominis, *quia fideicommissorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt.* Hoc ipsum etiam ad omnia legata semel ab hærede agnita extendi videtur in lege, *non dubium. C. de Testam.* rationem reddit citatus Author; cùm enim hæres repræsentet personam defuncti, quando hæres fatetur, illam fuisse defuncti voluntatem manifestatam, perinde habetur, acsi ipse defunctus id nunc declararet: ergo non debet hæres contrarium velle, ne sibi ipsi contrarius sit. sed debet voluntatem defuncti,

functi, quem repręsẽtat, perinde tueri, acsi sua propria esset: unde per talẽ agnitionẽ solẽnizatur volũtas defũcti.

8. Obijciunt 2. Leges irritantes testamenta minùs solennia fundantur in præsumptione fraudis: ergo, si de falsitate præsumptionis constat, legis dispositio locum non habet. Ad huiusmodi objectionẽ jam alibi fusè responsum est, leges irritantes non fundari in præsumptione fraudis pro casu particulari, sed in præsumptione verissimâ & infallibili periculi fraudũ sæpe alioquin committendarum, nisi contractus penitus irritarentur.

9. Asserimus 2. In testamento ad pias caussas sufficiunt duo testes ex communissimâ DD. *& habetur. c. relatum est, quod. de testam.* Neque Jura sæcularia caussis Ecclesiasticis, sive ad supernaturalem hominis finem, & spiritualem salutem directè spectãtibus, per se ullum præjudicium afferre possunt. *c. Ecclesia. de Constit.*

10. Quæritur, an hi duo testes requirãtur à IureCanonico ad formam, sive solennitatem, an verò solùm probationis causâ. Requiri ad formam, fuit olim communior sententia, teste Julio Claro q. 7. qui ait, se quidem in judicando non ausurum ab illâ recedere, sed tamen nec sibi, nec amico se suasurum esse, ut eam practicaret, hoc est, ut retineret tanquam hæres ab intestato, id, quod Ecclesiæ sic minùs solẽniter relictum esset, v.g. per schedam sine testibus. Eandẽ sententiam, teste Clarissimo D. Rath. th. 35. (qui tamen mentem suam non satis appetit) per majora conclusit Facultas Juridica Ingolstadiensis, quamvis olim nomine eiusdem Facultatis contrarium responderit Nicol Everhardus.

Negativa tamen hodie Theologis est communissima, ut non inveniam aliquẽ celebrem contrarium asserentem. Ex Juristis eam exprefsè tenet *Fernand. Vasq.* §. 22. alios plures referens

rens. *Covarr. in c. relatum in primo. n. 12. in fin. Zasius consil. 6. n. 25. vol. 1. Augustinus Barbosa Iur. Eccles. lib. 3. c. 27. n. 68. plures allegans. eandem tenet doctissimus Canonista Riccius p. 2. resol. 61. & Hunnius vol. 2. d. 10 th. 6. q. 42.* Accedit, quòd defacto ita in Rota Romana judicatum sit, ut habetur in eiusd. Rotæ decisionibus *p. 2. decis. 74. n. 12.*

11. Asserimus 3. Non solùm authoritate, sed etiam rigore juris attento, probabiliorem esse hanc negativam sententiam. Probari communiter & rectè solet assertio ex *cap. Relatum. 11.* ubi Alexander III. quibusdam judicibus dubitantibus, an in testamento ad pias caussas deberent exigere septem, vel quinque testes, respondet: *Mandamus, quatenus* (talem caussam) *non secundum leges* (civiles) *sed secundum Decretorum statuta tractetis, tribus aut duobus legitimis testibus requisitis, quoniam scriptum est: in ore duorum, aut trium testium stet omne verbum.* quibus

ultimis verbis videtur Pontifex indicare velle, non plus esse requirendum ad hoc testamentum, quàm quod jure gentium requiritur.

Respondent adversarij, hæc eadem verba inveniri in cap. *cùm esses*, præcedente; & tamen ex cõmunissimâ DD. ibi duo testes requiruntur ad solennitatem. Præterea in *cap. relatum*, ipse Pontifex indicat, esse requirẽdos duos testes *secundum Decretorum statuta*: atqui Decretorum statuta requirunt testes ad formam: ergo idem requiret *cap. relatum*.

12. Adversus hanc Exceptionem ita replicare licet 1. si requirerentur duo testes juxta capitulum *cùm esses*, tunc etiam requireretur præsentia Parochi: sed hæc non requiritur: ergo per *Decretorum statuta* nõ alludit Pontifex ad cap: *cùm esses*, nam capitulum *cùm esses*, est eiusdem Pontificis: sed alluditur, ut notat glossa, ad c. 1. caussa 2. q. 5. & c. 1. distinct. 48. quod est anti-

antiquissimum, nempe Concili Nicæni.

Arguimus 2. Quia ipsi adversarij fatentur, in testamento ad caussam piam non requiri testes rogatos, aut masculos, qui tamen requiruntur ad alia testamenta in cap. *cùm esses:* ergo agnoscunt ipsi adversarij, in cap. *relatum* fieri exceptionem à generali constitutione cap. *cùm esses.* Confirmamus. Nam in cap. *relatum*, quod directum est ad Judices Velletrenses, reprehēdit illos Pontifex, quòd exigant in testamento ad caussas pias quinque testes; & deinde mandat, ut in *tali caussâ*, sc. quando aliquid relinquitur Ecclesiæ, non judicent secundum leges civiles, sed secundum antiquissimos canones: quasi dicere vellet, in alijs caussis illos non malè facere exigendo septem, vel quinque testes: ergo manifestum videtur, quòd Pontifex voluerit caussam piam eximere à solennitatibus civilibus, & reducere

ad Jus gentium; alioquin cur non & Parochum requisivit? Ratio à priori; quia in testamentis ad caussas pias nõ urget finis legum inducentium solennitates; non enim est tam frequens periculum fraudum, ut consideranti patet.

13. Instabit aliquis: si sufficit quæcunque alia probatio, v. g. partis litigantis confessio, vel scriptura testatoris, cur Pontifex jubet requiri duos testes? Respondemus: quia in casu proposito deerant aliæ probationes. Cæterùm non requiri semper determinatè testes colligitur ex cap. *indicante. de Testam.* ubi ad solius Mariti confessionem, quòd vxor Monasterio scutellam auream reliquisset nudis verbis, jubet voluntatem mulieris per omnia adimpleri.

14. Asserimus 4. Ad valorem testamenti inter liberos legitimos parentum utriusque sexûs non requiruntur solennia juris, Ita communior habet opinio

opinio contra Cuiacium, Hottomannum, & quosdam alios, ad quos etiam accedere videtur Anton. Perez. in Cod. h.t. n.26. Et quidem sic erat imprimis constitutum in *l. fin. C. famil. ercisc.* deinde in *l. hac consultissimâ. §. ex imperfecto. C. de testam.* repetitum; adjectâ semper hac exceptione, ut, si tali minùs solēni testamento persona extranea admixta esset, quoad illam testamentum non valeret.

15. Difficultas tamen suboritur ex *auth. Quod sine* eod. quæ est desumpta ex Nov. 107. ubi Justinianus requirit, ut, si parens litteras sciens velit inter liberos testari, subscriptione tempus declaret, filiorum nomina propriâ manu, & partes, in quibus scribit hæredes, litteris integris exprimat. Verùm legenti totum contextum satis manifestum fit, Imperatorem non requisivisse hęc ut solennia, sed solùm ut lites inter liberos impedirentur, & omnis dubitatio tolleretur ad suffi-

cientém probationem voluntatis defuncti.

16. Insuper & hoc adjunxit Imp. quòd quidem extranea persona tali testamento inutiliter instituatur, relictum tamen vxori aut extraneo legatum, fideicommissum, vel libertas debeatur, si tamen sint propriâ manu scripta, & coram testibus dicta: qui testes videntur esse debere quinque, quia hic numerus requiritur in omni ultimâ voluntate solenni. *l. fin. C. de Codicill. Zæsius num. 59.*

§. IV.

Quibus modis Testamenta infirmentur.

SVMMARIVM.

1. 2. *Infirmatur Testamentum Rescißione, Irritatione, Ruptione.*
3. *Ex testatoris accidenti quando irritetur.*
4. *Damnatorum ad supplicium cur irritetur.*
5. *An superveniente status mutatione, eóque recuperato reconualescat.*
6. *Rumpi quando dicatur Testamentum nativitate posthumi.*
7. *Probabiliùs tunc etiam clausula Codicillaris tollitur.*
8. *Adoptione etiam rumpitur.*
9. *Quid si adoptetur filius filij emancipati.*
10. *Si filius institutus moritur, rumpitur à nepote præterito.*
11. *Facto testatoris quomodo rumpatur.*

12\. Quidsi unius solius nomen cancelletur.

13\. Quidsi omnium? valéntne legata.

14 15. Quidsi cancelletur Nuncupativum scripto conceptum.

16\. Quî rumpatur verbis.

17\. 18. An factâ protestatione, se velle intestatum decedere, requiritur lapsus decennij?

19\. Legata an tunc revocata essent.

20\. Rumpitur posteriore testamento.

21\. De modo rumpendi expresso L. hac consultissimâ §. Si quis. C. h. t.

22\. Quid si posterius sit conditionatum, nec conditio impleta.

23\. 24. 25. Quidsi prius testamentum munitum sit clausulâ derogatoriâ?

26\. Quidsi prius testamentum inter liberos factum.

27\. Quomodo sola legata revocari possint.

1\. TESTAMENTVM ritè confectum adeoq; validum potest

post-

poſtmodū pluribus modis infirmari, & nullum fieri. Primò itaque infirmatur facto & officio Judicis, & vocatur ſpeciali nomine *Reſciſſio*. Dantur enim caſus (de quibus infrà) quibus illi, qui hæredes ſcripti non ſunt, cùm ſcribi debuiſſent, habent remedium Juris extraordinarium, quod vocatur *Querela inofficioſi*, quo Judicis officium implorant poſtulantes, ut reſciſſo teſtamento hæreditas ſibi adjudicetur: de quo infrà.

2. Secundò infirmatur Teſtamentum ex diſpoſitione legis ipſo jure, abſque ſententia & facto Judicis, qui modus infirmandi

Dividitur in duas ſpecies, quarum una vocatur *Irritatio*, altera *Ruptio*. Irritari dicitur Teſtamentum, quando vitium infirmans non incurrit directè in ipſum teſtamentum, ſed accidit vel hæredi, vel teſtatori.

Ex hæredis accidenti irritatur teſtamentum, ſi is hæreditatem non adeat;

adeat; quod dupliciter fieri potest. Primò, si hæres scriptus moriatur ante testatorem. 2. Si supervivat, sed non adeat hæreditatem, & tunc dicitur *Testamentum destitui.* An autem hæc destitutio hodiéque locum habeat, litigant JConsulti. multi affirmant, alij, quos sequitur Dn. Rath. negant. quia (ut infrà dicemus) hærede non adeunte, conceditur hodie jure Novellarum, Nov. 1. c. 1. fideicommissarijs, legatarijs, & hęredibus ab intestato potestas adeundi, cum obligatione præstandi ea, quæ in testamento præcipiuntur; & sic non censetur voluntas testatoris destituta saltem ex omni parte.

3. Ex Testatoris accidenti irritatur testamentum per statûs mutationem, nempe capitis diminutionem non solùm maximam, hoc est, per servitutem, sed etiam per mediam, hoc est, amissionem civitatis, & per minimam, hoc est, arrogationem super-

pervenientem. Quin imò Helfrico-Vlricus Hunnius *th. 7. §. ego tamen.* aſſerit, etiam emancipatione irritari teſtamentum filijfam. priùs factum, de bonis Caſtrenſibus, colligens id ex § *penult. Inſtit. de milit. teſtam.* ubi ſpeciali favore militi filiofam. conceditur, ut eius teſtamentum etiam poſt emãcipationem valeat, quaſi ex novâ militis voluntate: ergo teſtamento paganorum filiorumfam. hoc non cenſetur conceſſum. Rationem etiam reddit, quòd emãcipatione ſubſecutâ bona Caſtrenſia, ſuper quibus teſtari permittitur filiusfam: nomen bonorum Caſtrenſiũ amittant, & cum alijs bonis confundantur, eandémque naturam aſſumant.

4. Quæritur 1. Utrum damnati ultimo ſupplicio teſtamentum irritum fiat? Ratio dubitandi eſt, quia ſervitus, quâ quaſi pœnæ ſervus efficiebatur à Juſtiniano ſublata eſt. Reſp. nihilominus irritum fieri propter amiſ-

ſionem

ſionem civitatis. *l. qui ultimo. ff. de pœnis.* quæ non eſt ſublata, ne ſint melioris conditionis, quàm deportati. Eorum itaque bona deſcendentibus, aſcendentibus, collateralibus, & his deficientibus, deniq; Fiſco applicantur, niſi conſuetudo aliud obtineat.

5. Quęritur 2. An, ſi Teſtator facto ritè teſtamento ſubeat deinde ſtatûs mutationem, ſed ante mortem iterũ fiat ſui juris, & recuperet ſtatum, in quo teſtari poteſt, cenſeatur prius teſtamẽtum irritum. Negat Harpprecht *ad §. alio autem modo. Inſt. quib. mod. teſt. infir.* Affirmat veriùs Clar. Dn. Rath. th. 26. & colligitur ex §. *non tamen 6. Inſt. eod.* ubi ſcriptus hæres ex tali teſtamento non ipſo jure hæres efficitur, ſed ſolùm officio prætoris Bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas agnoſcere poteſt; quò tamen deveniendum non eſſet, ſi teſtamentum valeret: idem colligitur ex *l. 11. §. 2. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Obſtare tamen

tamen videtur lex. 8. §. *de Iure Codicillorum*, ubi expreſsè dicitur tale teſtamẽtum valere: unde cit. Author fatetur, has leges non poſſe ab antinomia vindicari, niſi hæc lex octava intelligatur juxta legem undecimam citatam, ubi hæc adduntur. *Planè ſi ſui juris effectus codicillis, aut alijs litteris eodem teſtamento ſe mori velle declaraverit, voluntas, quæ deceſſerat, judicio recenti redijſſe intelligitur, non ſecus, acſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas incidiſſet, ut priores ſupremas relinqueret.*

6. Rumpi dicitur Teſtamentum, cùm teſtatore in eodem ſtatu permanente vitium incurrit in teſtamentũ; quod fit primò agnatione, ſeu nativitate poſthumi legitimi & naturalis ſimul: & licet ſtrictè loquendo poſthumus ille ſolus dicatur, qui naſcitur poſt mortem patris; hîc tamen extenditur etiam ad illum, qui naſcitur poſt teſtamentum conditum, eſto adhuc vivo patre. Talis itaq; , ſi in teſtamento

to præteritus est, nativitate rumpitur testamentum, adeò, ut ne quidem hodie legata & alia in illo contenta sustineantur: neque enim quoad hoc jus antiquum mutatum est per Novel. 115. sicut mutatum est quoad illos, qui ante testamentum nati injustè exhæredantur, vel prætereuntur: de quo infrà. Debet autem posthumus habere rationem hominis, & non esse monstrum, seu prodigium: quodsi habeat membra ampliata, ut 6. digitos, tres manus &c. adhuc nō rumpit testamētum, quia inter liberos numeratur. *l. non sunt. 14. ff. de statu hominum.*

7. Quæritur, an rupto testamento per nativitatem posthumi etiam tollatur vis clausulæ Codicillaris quoad fideicommissa & legata? Negant multi, ob hanc rationem, quia Codicillus eo fine testamento inseritur, ut, si testamentum ex aliquo defectu non valeret, saltem in vim codicillorum sustineretur: juxta quam sententiam

filius

filius ab intestato succedens deberet hæredi scripto hæreditatem tanquam fideicommissum restituere. Affirmant probabiliùs, & æquitati conformiùs Fachinæus pluribus relatis *lib. 4. c. 11. & Dn. Rath. th.* 34. Ratio est, quia vel Testator ignoranter præterijt posthumum, vel scienter: si primum, tunc censetur contra mentem testatoris esse, quòd illo codicillo gravetur propria soboles in favorem extranei; si enim donatio inter vivos revocatur ob hanc caussam, quidni multò magis fideicommissum? Si scienter: tunc legata & fideicommissa vitiantur ex *l. Titia. 13. ff. de inoff. testam. & l. patronus. §. fin. ff. de legat. 3.*

8. Secundò rumpitur Testamentum per arrogationem, vel per adoptionem alicuius descendentis. *§. 1. Inst. quibus mod. test. infir. junctâ lege pen. C. de adopt.* quod intelligendum, nisi talis antequam adoptaretur, fuisset in testamento hæres institutus, tunc

tunc enim utique non rumperet. *l. 23. § si Titius. eod.*

9. Quæritur: Si adoptaretur in nepotem filius filij emancipati, qui hæres scriptus est, an per adoptionem rumperetur testamentum? Ratio dubitandi est; quia filio emancipato hærede scripto potest nepos impunè præteriri. Nov. 118. c. 4. Nihilominus respondendum est affirmativè. quia per adoptionem ingreditur nepos in proximum gradum hęredum suorum, & consequenter vel institui, vel exhæredari debet.

10. Ex dictis infertur, tunc etiam rumpi testamentum, quando filius institutus moritur, & nepos, qui in locum eius, & gradum succedit, præteritus est. Ratio est; quia hæc successio est quædam civilis agnatio.

11. Tertiò rumpitur testamentum mutatione voluntatis testatoris, non quacunq;, sed tali, quæ habeat omnia à Jure requisita; sitque vel facto, vel verbis.

verbis. Facto rumpitur, si testator linum, vel signacula incidat, vel auferat, vel scripturam deleat, seu cancellet. & hoc quidem, sive à Testatore ipso, sive ab alio ex eius voluntate fiat, animo deliberato, & in hunc finem, ut revocetur testamentum. Unde, si à muribus, vel vetustate, aut casu fortuito etiam ab ipso testatore, quasi aliud agente corrumperetur, nō censeretur revocatum. *l. nostram. C. de testam. l. 1. §. si hæres institutus. ff. si tabulæ testam. & pluribus legib. ff. de his, quæ in testam. delentur.* In dubio ad Judicem spectat ex circumstātijs præsumptionem elicere, quâ intentione sit ruptum.

12. Quæritur I. Quid si solùm unius hæredis nomen cancellaverit, an ruptum censebitur testamentum? Resp. Negativè; sed eius pars accrescit portionibus cæterorū, per vulgaria; quòd paganus non possit partim testatus, partim intestatus decedere.

13. Quæritur II. Quid si omnium hæredũ nomina induxerit, valebitne saltem quoad legata? Resp. nisi constet voluisse & hæc revocata, sustinentur; videtur enim ideo non induxisse, ut valerent ab intestato.

14. Quęritur III. An cancellando, vel incidendo rumpatur testamẽtum illud, quod quidem in specie suâ est nũcupativum, sed tamen publico instrumento à Notario confecto, facilioris probationis caussâ comprehensum est? Ratio negandi est, quia illud instrumentum non pertinet ad substãtiam testamenti nuncupativi: sicut ergo, salvo testamento, poterat omitti, ita etiam eo sublato persistet tota substantia testamenti, non minùs, quàm si illud instrumentum fuisset vitiosè confectum. *arg. l. 1. in princ. C. de rei uxor. act.* Ratio ulterior est: quia adhuc supersũt (ut supponimus) alij modi probandi, v.g. per testes: ergo etiamsi inutilis reddatur una pro-

batio

batio, non est sufficiens fundamentum revocati testamenti.

15. E contrario affirmandi ratio desumitur à paritate testamenti scripti: hoc enim, si quis pluribus exemplis, seu codicibus scripsit, & unum illorum, quod fortè ad manus habet, rumpit cum expressâ protestatione, se velle intestatum decedere, censetur etiam reliquis non ita ruptis derogâsse, & fictione juris omnia rupisse. *l. fin. ff. de his, quæ in test. delen.* Et hæc quidem ratio omnino couvincere videtur, quòd saltem adjectâ protestatione censeatur ruptum etiam testamentum nuncupativum: quod ulteriùs confirmat Clar. Dn. Rath. *th, 50. litt. B.* nam in tali casu, de quo loquimur, tota probationis vis in ipsum instrumentum publicum collata est ex intentione testatoris: ergo sufficit ruptum esse cum dictâ protestatione. Nec refert, quòd adhuc ex protocollo probari possit: hæc enim probatio

tantùm est subsidiaria, nempe si fortè instrumentum casu deperderetur, aut rumperetur invito testatore. Tota ergo difficultas est in casu non factæ talis protestationis. In quo placet distinctio citati Authoris: vel plura instrumenti exempla confecta fuere, vel unicum: si plura; non sufficiet unius ruptio, ut censeantur cætera quoque civiliter rupta; prout in testamento scripto non sufficit: sed hæredibus legitimis incumbit probare, quòd testator voluerit intestatus decedere. Si unicum? tunc ob confirmationem paulò antè allatam omnino præsumitur voluisse intestatus decedere: & ideo hæres ab intestato liberatur ab onere probandi; quin potiùs hæredi scripto incumberet probare contrarium. & hæc opinio recepta est *in Bav. Iur. L. R. t.34. a. 15.*

16. Hactenus de modo rumpendi testamentum *Facto* indice animi revocantis: nunc quâ ratione verbis

rum-

rumpatur, videndum. Sine ullâ itaque vel incisione, vel cancellatione rumpitur testamentum solis verbis, si Testator coram testibus saltem tribus; vel inter acta dixerit, se nolle valere testamentum; & decennium effluxerit: unde ante elapsum decennium, necdum censetur solenniter revocatum, etiamsi coram septem testibus facta esset revocatio. *arg. l. Sancimus. C. de Testam.* debet autem decennium computari jure communi à tempore conditi testamenti: jure Bavarico verò à tempore factæ revocationis.

17. Quæritur, an etiam requireretur lapsus decennij, si inter acta, vel coram septem testibus revocationi adjungeretur protestatio, se velle intestatum decedere. Et quidem certum est, Jure Bavarico non requiri. 𝔏. ℜ. *t. 34. a. 15.* De Jure communi multorum sententia affirmat, quos refert; & sequitur Julius Clarus q. 92. & adhuc plures refert Harpprecht in addit. ad

Jul. Clar. Rationẽ hanc adducunt. Posteriore testamẽto legitimè facto rumpitur testamẽtum priùs factum: atqui testator protestando se velle intestatum decedere, censetur condere novum testamentum, quia censetur hæredes illos instituere, qui ab intestato veniunt.

58. Hanc rationẽ elumbem esse acutè notavit Clar. Dn. Rath. th. 58. nam ipsam hypothesin, cui innititur, evertit. qui enim vult ab intestato decedere, hoc ipso vult hæreditatem non ex suâ dispositione, sed à lege deferri: quomodo ergo stat, quòd velit condere novum testamentum: hæc sanè esset protestatio contraria facto, seq; ipsam evertens, si vera esset hypothesis horum Doctorum. Quapropter citatus JConsultus meritò ait, se sine scrupulo à cõmunissima sententia recedere; unde enim scrupulus oriretur? non à legis defectu, sine quâ turpe est JConsultum loqui. habet enim pro

se. *l. militis.36. §. veteranus. ff. de testam. milit.* Et ratio adversariorum nulla est; non ab authoritatis defectu: neque enim meo judicio meretur ampliùs opposita sententia *communissima* vocari, quando ante citatum Authorem ab eâ recesserunt Paulus Castrensis & Fulgosius *in l. sancimus. C. de Testam. Fachinaeus lib. 4. c. 8. Bocerus class. 3. disp. 9. th. 21. edit. 2. Harpprecht in §. ex eo autem. Inst. quibus modis test. infirm. n. 4. & 5.*

19. Advertunt tamen DD. ex eadem lege *militis* colligi, quòd saltem legata sufficienter sint revocata coram quinque testibus; quin immò Jure Bavarico coram tribus: unde si ex tali testamento legatarij peterent legata, repellerentur exceptione doli.

20. Denique celebris modus rumpendi prius testamentum est, qui fit conficiendo aliud testamentum posterius, quo confecto adeò ruptum est prius, ut, etiamsi posterius non sortiretur ex accidenti suum effectû, v.g.

quia hæres nollet hæreditatem adire, nō propterea reviviſceret prius teſtamentum; immò nec reviviſceret, etiamſi poſterius incideretur: niſi inciſio, vel cācellatio fieret in eum finem, ut prius teſtamentum valeret; tunc enim redintegraretur. § *poſteriore. Inſt. quib. mod. teſt. infirm. l. qui liberis. 11. §. teſtamento. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.*

21. Huc revocari poteſt modus rumpendi teſtamentum, de quo in *l. hac conſultiſſima. §. ſi. quis. C. de Teſt.* nempe ſi in priore teſtamēto ſcriptus hæres extraneus, in poſteriore verò coram quinque teſtibus inſtituantur illi, qui alioquin ab inteſtato ſucceſſuri fuiſſent: tunc enim prius teſtamētum verè ruptum eſt, etiamſi poſterius non valeat ex defectu ſolennitatis, adeóq; hæredes ab inteſtato ſuccedant.

22. Quæritur I. Utrum ad rumpendum prius teſtamentum ſufficiat teſtamentum poſterius cōditionatum, ſi con-

si conditione nõ purificatâ testamentum posterius destituatur effectu. Resp. Si conditio adjecta sit de præsenti, vel de præterito (quæ tamen juridicè loquendo non sunt propriè dictæ conditiones) huiusmodi testamentum est nullum, quia ex defectu conditionis nunquam in eo statu est, ut ex eo hæres existere possit: adeoque tali testamento non rumpitur testamentum priùs factum. Aliud est dicendum, si conditio est futura & contingens, propter oppositam rationẽ, & colligitur ex §.3. *Inst. l. c.*

23. Quæritur II. Quid si in priore testamento adjecta est clausula derogatoria posterioris cuiscunque testamenti; postea verò condatur aliud testamentum, quæritur, inquam, an hoc ipso ruptum sit testamentum prius. Conveniunt DD, tunc saltem rumpi, quãdo in posteriore fit expressa mentio clausulæ derogatoriæ prioris; v. g. *non obstante clausulâ prioris testamenti,*

quâ

quâ volui derogatum omni posteriori testamento. Ratio est, quia ultima voluntas est essentialiter ambulatoria & revocabilis: ergo non potest priori testamento ita præcludi potestas revocandi, ut non saltem revocatio tunc valeat, quando disertè fit mẽtio prioris clausulæ derogatoriæ.

Difficultas non levis est, an etiam tunc rumpatur, si nulla fiat mentio clausulæ derogatoriæ. Affirmant Ant. Fab. Merenda, Clar. Dn. Rath. th. 6. Cõmunis cęterorũ negat, quos sequitur Fachin. *lib.* 4. *contr. c.* 92. ex nostris Theologis eam supponunt Molina, Lugo, Dedicastillo, Pallavicinus; quã & nos in materiâ de Sacramentis supposuimus ex generalibus fundamentis ibi jactis.

24. Asserimus itaque: si prius testamentum habeat clausulam derogatoriam, tunc, ut per posterius testamentum rumpatur, debet aliqualiter mentio fieri ipsius clausulæ; hoc est, debet

debet saltem fieri mẽtio prioris testamenti, & indicari, quòd testatorem prioris voluntatis pœniteat, & magis velit posteriorem voluntatem valere. Probamus assertionem primò ex lege *si quis.* 22. *ff. de leg.* 3. ubi in simili casu Hermogenianus respõdet his verbis. *Si quis in principio testamenti adscripserit: cui bis legavero, semel deberi volo: postea eodem testamento, vel codicillis, sciens sæpe eidem legaverit; suprema voluntas potior habeatur. Nemo enim eam sibi legem potest facere, ut à priori voluntate ei recedere non liceat.* hucusque lex pro adversarijs facere videri posset, & ideo etiam pro se eam allegant: sed audiamus, quid lex subjungat. *Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.* Unde cadit fundamentum præcipuum adversariorum volentium, nostram sententiam legis, & JConsulti authoritate destitui.

25. Probamus assertionem secundò à priori ex generalibus principijs alibi stabilitis. Quandocunque excessus voluntatis nostræ, quâ unum præ alio magis volumus voluntate disponente de aliquâ re nostra, est sufficienter promulgatus, tunc, ut reipsâ revocetur per aliam voluntatem posteriorem, debet sequens voluntas fieri sufficienter sensibilis non solùm secundum se, sed ut revocatoria prioris; hoc est, prout continens excessum appretiativum amoris; quia contractus humani non pariunt effectum moralem juris, nisi sint exteriùs satis manifestati: atqui in priori testamẽto clausula posteriorum derogatoria est legitimè & solenniter promulgata: ergo, ut eius vis tollatur, debet eius revocatio fieri sensibilis: atqui non fit sensibilis, si nulla prorsus fiat mentio prioris testamenti: non enim constare posset, an ex oblivione illius fecis-

ſet aliam diſpoſitionem, non facturus, ſi eius recordaretur. ergo &c.

Probamus tertiò argumento ad hominem. Adverſarij fatentur, quòd antequam Corpus Juris conditum eſſet, hæc clauſula derogatoria adijci ſolita fuerit: ergo debebat tunc omnium judicio cenſeri utilis ad impediendas poſteriores voluntates, & operativa illius, ad quod operandum opponebatur: atqui nunquam hoc operari potuiſſet in ſententia adverſariorum: ſemper enim per poſterius teſtamentum fuiſſet revocata; etiam ſi nulla prioris mentio facta eſſet: ergo, ne illa clauſula ſit penitus inefficax, vim ſuam habeat, neceſſe eſt, ſaltem pro caſu, quo nulla illius mentio fit.

Quodſi priori teſtamento Juramentum acceſſiſſet, de nunquam eo revocando; tunc niſi expreſſam mentionem faceret huius juramenti, non cenſeretur revocatum prius teſtamentum, quia præſumeretur potiùs

potiùs immemor Juramenti fuisse, quàm perjurus.

Quæritur III. Quomodo testamentum inter liberos factum rumpatur testamento posteriore? Resp. Non sufficere ad posterius testamentum, vt habeat præcisè ea, quæ alioquin sufficerent, si nullum testamentum præcessisset, sed Iure novo debet esse solenniter coram septem testibus confectum. Ita habetur in recessibus Imperij *Coloniæ 1512. de Testam.* §. 2. & L. R. *til. 34. a. 8.*

27. Quæritur. IV Quomodo sola legata revocari possint salvo testamento quoad institutionem. Resp. sufficere revocari coram duobus testibus. sufficerent etiã coniecturæ fundantes gravem præsumptionem, ut si intercessissent inimicitiæ, nec fuissent reconciliatione extinctæ: sed de hoc alibi.

§. V.

De personis, quibus non est permissum facere Testamentum.

SVMMARIVM.

1. *Quid Iuris circa Clericos.*
2. *Quid Iuris circa Religiosos.*
3. *Quid Iuris circa amentes.*
4. 5. 6. *Quid Iuris circa impuberes, prodigos, filiosfamilias.*
7. *Quid Iuris circa surdos & mutos.*
8. *Quid Iuris circa captos in bello.*
9. *Quid circa vsurarios.*

1. PRIMÒ Clerici de bonis Ecclesiasticis superfluis non possunt testari, nisi ex dispensatione, vel consuetudine legitimè præscriptâ. *c. 1. c. adhæc. 8. c. quia nos. 9. c. relatum. 12. de Testam.* Cæterùm consuetudo non solùm in totâ ferè Hispaniâ, sed etiam in Germaniæ multis partibus obtinet, nec est corruptela, modò testentur ad

caussas pias: secus enim, etsi valeret dispositio, peccarent tamen, ut alibi diximus & huc nõ pertinet. Vide Less. l. 2. c. 19. dub. 4. n. 44. Et quidem posse in hoc Pontificem dispensare, constat ex facto Julij III. & Pij IV. in extrav. relatis à Navarro tract. de spolijs Cleric. § 6.

2. Secundò. Religiosi Professi regulariter non possunt condere Testamentum *c. quia ingredientibus. 19. q. 3. c. 2. de Testam.* Excipiuntur Professi Ordinum militarium, qui habent rerum suarum dominium. Quodsi quis ante professionem Testamẽtum condidit, sive in sæculo, sive in Novitiatu, illud per professionem non rumpitur, sed potiùs ita confirmatur, ut revocari ampliùs nõ possit, & quoad hunc effectum Professio est mors civilis, nõ tamen quoad alterum effectum, ut scilicet hæres scriptus statim adire hæreditatem possit: non enim hæreditas ad eũ devolvitur, nisi post mortem

tem naturalem testatoris, & interim Monasterium fruitur bonis, sicut frueretur ipse testator, si professus non esset. Quæ tamen intelligenda sunt de Religionibus capacibus bonorum in communi; secus enim, bona statim devolvuntur ad hæredem. Quodsi Professus ante professionem de rebus suis non disposuit, & liberos habet, conceditur ei tanquam administratori distributio suorum bonorum inter liberos: quodsi liberos non habet, habet tamen ascendentes, jure communi debet illis legitimam. Sed de his omnibus videri possunt *Navarr. commentar. 2. à. n. 45. Covarr. c. 2. de testam. Molina disp. 139. Lessius loc. cit. Suarez. to. 3. de Relig. l. 8. c. 16. Laym. l. 3. tr. 5. c. 3. Dicastillo de Testam. dubit. 13. Wadingus d. 4. dub. 5. & alij passim.*

3. Tertiò, qui non est sanæ mentis, non potest facere validum testamentum, nisi cõdat tempore lucidi intervalli; vel nisi duntaxat deliret in cer-

tis materijs ad testamentum nihil pertinentibus. Quodsi tempore morbi frequenter delirat, & identidem ad mentem redit, ex circumstantijs, atque etiam ex testium & Notarij testimonio judicandum est, an tempore, quo testamentum fecit, mentis compos fuerit: indicia plura refert Card. de Lugo n. 63. Quodsi omnia dubia sunt, pro valore actûs potiùs, quàm contrà judicandum est.

4. Quartò. Impuberes testari non possunt. *Inst. quibus non est permiss.* ne quidem ad caussas pias ex communi opinione colligente id ex *c. licet. de sepultur. in 6.* Neque etiam testamentum ante annos pubertatis factum confirmaretur, si postmodum pubes decederet. Quamvis probabiliter legata, & fideicommissa in Codicillis ab impubere relicta sustineri possint, ob paritatem rationis, quòd nempe, filiusfam. vel servus fideicommissum extra testamentum (quod condere

non

non poterat) reliquit, sustineatur, si decedat sui juris factus. *Dn. Rath. th. 61. qui test. fac. poss.* Potest tamen impubes testari ultimo die anni decimi quarti, vel si fæmina sit, duodecimi, modò cœptus sit ille dies, scil: post sextam horam noctis præcedentis: habetur enim pro completo in materiâ favorabili. *l. 5. ff. qui testam. fac. poss.*

5. Quintò. Prodigus declaratus, post bonorum administrationem ademptam, testari non potest: factum tamen priùs testamentum valet. *§. item prodigus. Instit. quib. non est per.*

6. Sextò. filiusfam. etiam pubes non potest testari ad caussas profanas, nisi de bonis castrensibus, vel quasi, ne quidem ex consensu patris. *l. qui in potestate. ff. qui testam.* Ad pias caussas tamen de bonis adventitijs testari posset cum consensu patris, ut post alios tradit Wadingus *ex cap. licet. de sepultur. in 6.* per argumentum à contrario: cùm Pontifex dicat: non posse sine

ſe ſine conſenſu patris aliquid diſponere pro animâ ſuâ. Quomodo autem poſſit donare cauſsâ mortis, vidimus par. 2.

7. Septimò. De ſurdo & muto ſic ſtatuitur. *l. diſcretis. C. qui teſtam. fac. poſſ.* Vel eſt mutus, & ſurdus ſimul, & quidem à nativitate, tunc nec teſtari poteſt, nec Codicillum facere, aut donare cauſsâ mortis, niſi ad pias cauſſas, vel niſi miles ſit. Si ex morbo eſt, tunc, ſi novit ſcribere, poteſt teſtari: vel eſt ſolùm ſurdus, & poteſt etiam teſtari: vel ſolùm mutus, tunc, ſi ſcribere ſciat, poteſt teſtari: ſi neſciat, poteſt ex probabili Molinæ & Lugonis ſententiâ Codicillum facere; quia legata, & fideicommiſſa nutibus etiam facta valent: & in hoc caſu fallit illa regula, quòd, qui teſtari non poteſt, nec Codicillum facere poſſit. Quia tamen in hoc aliquæ leges inter ſe pugnare videntur, ut *lex. 2. ff. de leg. 1. l. 21. ff. de l. 3.* ideo ad eas conciliandas aliqui

aliqui D D. quibus consentit Dn. Rath. th. 79. limitant illud, quod de Codicillo diximus, ut tunc eum mutus facere possit, si vitium non sit perpetuum, sed spes recuperandæ loquelæ supersit.

8. Octavò. Testamentum in captivitate factum (si per captivitatem fiat servus, quod tamen inter Christianos abrogatum est) non valet: si priùs factum est, tunc, testatore apud hostes moriente, sustinetur lege Corneliâ, & ab hostibus reverso sustinetur fictione postliminij.

9. Nonò. Usurarij Notorij testamentum nullum est, si cautionem satisfactionis non præstitit. *c. fin. de usuris. in 6.* Similiter infamis ob libellum famosum. *l. is cui. ff. qui testam. fac. poss.* Hæretici etiam in illis locis, ubi non tolerantur, intestabiles sunt. *l. Manichæos. & auth. credentes. C. de hæret. c. excommunicamus. 1. de hæret.* De damnatis ad mortem, vel mediam ca-

pitis diminutionem passis constat ex suprà dictis, in quibus tamẽ locorum consuetudo attendenda est: affirmant enim Doctores aliqui, posse testari omnes illos, quorum bona non confiscantur. Inter bannitos distinguit Hunnius q. 15. si enim quis est bannitus Imperij, seu extra terminos Imperij Romani proscriptus, tunc vult testari non posse; quod etiam sentit Gail. si verò tantùm ex certo Imperij territorio, seu ab unâ provincia sit proscriptus, tunc in aliâ provinciâ existens poterit testari, quia Jus civitatis non amisit.

§. VI.

Quinam ex Teſtamento capere poſſint.

SVMMARIVM.

1. *Quinam ex Teſtamento capere non poſſint.*
2. *Quid juris ſpecialis circa Religioſos.*
3. *Filij illegitimi naturales quomodo inſtitui poſſint.*
4. *An ſpurij poſſint ſuccedere patri.*
5. 6. *An nepotes ſpurij hæredes ſcribi ab auo, & econtrà.*
7. *An pater teneatur ad præſtanda alimenta ſpurijs.*

1. EX Teſtamento accipere non poſſunt. Primò, quicunq; ob crimen teſtari non poſſunt. Secundò Hæretici & Apoſtatæ, iiſque credentes, receptores, defenſores, fautores, ſi intra annum non pœnituerint, & ſatisfecerint. Tertiò, qui teſtatorem occidit. Quartò, qui ad vxorem teſta-

toris accessit. Quintò, qui accusavit testamentum, & prosecutus est usque ad ultimam sententiam. Sextò, qui testatoris mēte capti curam debitam non habuit, vel captivum non redemit ex negligentiâ, & sic in captivitate mori permisit. De quibus passim Authores.

2. Quæritur I. Quid Juris specialis habeant Religiosi? Resp. 1. Quamvis sit regula generalis, quòd, qui hæres instituti in testamento non potest, nec legatum capere possit. §. *legari. Instit. de legatis*, fallit tamen hæc Regula in Religiosis. Nam etiam illis Religiosis, qui hæredes scribi non possunt, ut Professi Ordin. Minor. & Cappucinorum, & nostræ Societatis, legata etiam in particulari relinqui possunt, ita tamen, ut acquirantur Monasterio. *Clement. Exivi. §. capientes. de V. S. c. exijt. §. ad hæc quia fratribus. eod. in 6.* cum hoc tamen moderamine, ut scilicet non legentur illis res immobiles cum

condi-

conditione, ut eas ſervent (exceptâ domo, horto, & neceſſarijs ad habitationem) ſed aut res mobiles, quæ eorum neceſſitatibus ſerviant, aut, ſi ſint immobiles, ſtatim divendantur, & ex pecuniâ Fratrum neceſſitatibus provideatur: & demum, ne legata in tantâ quantitate fiant, ut æquivaleant hæreditati, & in fraudem legis prohibentis, ne ſcribantur hæredes, facta cenſeantur. Reſp. 2. Aliorum Monaſteriorum ſucceſſionis capacium profeſſi etiam in particulari poſſunt hæredes ſcribi. colligitur ex *Clem. cit.* Reſp. 3. Exceptis Monaſterijs Minorum & Cappucinorum cętera poſſunt hæredes inſtitui. *Iurib. cit.* & licet ex communiore noſtrorum DD. interpretatione, noſtrę Societatis Profeſſi, & Coadjutores non ſolùm non poſſint eſſe hæredes ab inteſtato, quod certum eſt, ſed nec ex teſtamento, eò quòd in noſtris Conſtit. *p. 6. c. 2. §. 12.* dicantur *hæreditariæ ſucceſſionis incapaces*

paces (contranitente licèt Wadingo. *d. 4. dub. 5. §. 4. n. 5.*) nihilominus, ut loco cit. §. 5. habetur, ipsæ Domus professæ possunt hæredes scribi.

3. Quæritur II. Quomodo possint hæredes institui filij illegitimi naturales. Resp. 1. Si sint legitimati per subsequens matrimonium, sunt hæreditatis capaces, & æquiparantur per omnia legitimis, adeò ut etiam ad feuda admittantur, si in investiturâ ponatur transferendum ad omnes legitimos: immò probabiliùs etiam ad Emphyteusin Ecclesiasticam. Succedunt etiam in Majoratu, ita ut non solùm fęminas, sed etiam mares, filios legitimos, qui post legitimatos nati sunt, & substitutos excludant, & ad Retractum gentilitium admittantur. Et quidem Tiraquellus, Covarruvias, & alij (contradicente tamen Molina & Lugo n. 84.) volunt hæc procedere, etiamsi, quando legitimus est natus, naturales nondum fuerint legitima-

gitimati, v.g. si pater natis illegitimis, ex aliâ deinde legitimâ vxore liberos procrearet, & vxore mortuâ duceret matrem illegitimorum. Resp. 2. Legitimati per rescriptū Principis quoad hæreditatem capiendam etiam censentur legitimi; ordinariè tamen reijciuntur à Feudis, Emphyteusi Ecclesiastica, & Retractu gentilitio; nec possunt præferri filio legitimo postea nato. Resp. 3. Naturales, qui manent illegitimi, solùm possunt à patre institui hæredes universales, quando nō exstant legitimi descendentes, vel ascendentes. Matri tamen succedunt, sicut legitimi. Quodsi existant legitimi descendētes, tunc matri unà cum illegitimis relinqui potest una uncia, hoc est, duodecima pars bonorum: si verò deficientibus descendentibus adsint ascendentes legitimi, his relinquendus ad minimùm est triens, seu quatuor unciæ; reliquum potest illegitimis relinqui unà cum matre, ita ut

matri

matri semper obveniat pars virilis. *Auth. licet. C. de naturalib. lib.*

4. Quæritur III. An Spurij possint succedere patri. Resp. Negativè, adeò ut nec ex testamẽto, nec ab intestato, nec donatione inter vivos possint aliquid capere à Patre. *l. si quis incesti. C. de incestis nupt. l. 1. C. de natur. lib.* nec etiam possunt substitui substitutione fideicommissariâ. Posse tamẽ pupillariter substitui, existimat Card de Lugo n. 98. cum Acostâ. de quo tamen merità dubitamus, quia substitutio pupillaris continet tacitam vulgarem: atqui vulgariter non possunt substitui spurij, ergo &c. Quodsi spurius aliquid à patre accipit, non fit illius dominus, sed debet restituere illis, ad quos aliòquin pervenisset. Potest tamen pater instituere spurium hæredem sub conditione, si à Principe legitimatus fuerit; & tunc statim est petẽda legitimatio; quâ semel negatâ statim sunt bona restituenda reliquis successoribus.

An-

Antidoralis donatio pro meritis non debitis ex necessitate, vel lege, non est prohibita fieri spurio.

5. Possunt etiam spurij nepotes hæredes institui ab avo suo, etiamsi spuriorum pater etiam fuisset spurius. Excipitur tamen nepos natus ex filio incestuoso, hoc est, genito ex matrimonio invalido cum consanguineâ, vel affine. *l. si quis incesti. cit.*

6. Jllud universim notandum est, quòd in omnibus illis casibus, in quibus filius spurius nõ potest succedere parentibus, neque parentes possint succedere spurio filio, hæc enim succedendi facultas debet esse reciproca.

7. Quæritur IV. An filijs spurijs pater teneatur præbere alimenta non solùm necessaria ad vitæ sustentationem, si filius non habeat ex proprijs, sed etiam necessaria ad decentem statum personæ talis conditionis, consideratâ etiam qualitate patris. Resp. Affirmativè, hoc enim de jure naturæ est,

est, & ideo in hoc puncto dicitur esse correctum Jus Civile. *l. ex complexu. C. de incest. nupt.* â Jure Canonico .*c. cùm haberet de eo, qui duxit in matrimonium*.

§. VII.

De modo succedendi ex Testamento, déque hæredum qualitate & differentiâ.

SUMMARIUM.

1. *Hæreditatis divisio in uncias.*
2. *Paganus an partim intestatus decedere possit.*
3. *Quomodo possint simul plures institui.*
4. *Hæredes alij necessarij, alij voluntarij.*
5. *Quid juris, si hæres suus non est institutus in legitimâ.*
6. *An inter parentes & liberos adhuc locum habeat Querela inofficiosi.*
7. *Quando agi potest ad supplemetum, cessat Querela.*

8. Quid

8. *Quid discriminis in testamento matris.*
9. *Quæ sit legitima.*
10. *Ascendentes quousque instituendi.*

1. TOTA hæreditas, quam Jura *Assem* vocant, in duodecim uncias dividitur, quæ pro diversitate numeri diversa nomina sortiuntur: ut est *sextās*, id est, sexta pars assis, seu duę unciæ: *quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx.*

2. Ex Juris dispositione nemo, excepto milite, potest partim testatus, partim intestatus decedere: non enim permittunt Jura pagano, ut v. g. in semisse scribat hæredem, ísque semissem consequatur vi testamenti, alter autem semis perveniat ad hæredes ab intestato: *l. Ius nostrum. ff. de Reg. Iur.* Militi tamen id conceditur. *l. si miles. ff. de testam. milit. & alibi.* si quidem id voluisse intelligatur; alioquin, si ex oblivione non disposuisset de altera parte, illa accresceret hæredi scripto in

parte ex præsumptâ voluntate testatoris, quòd mallet ad illum, quàm ad alios pervenire. Quodsi verò paganus solummodò in certâ parte, seu quotâ hæredem scriberet, & pro reliqua assis parte nihil exprimeret, illa quoque hæredi scripto tribueretur *jure accrescendi.* sin autem expresse protestaretur, nolle se totam hæreditatem venire ad hæredem in quotâ solâ institutum, eiusmodi testamentum non sustineretur in ratione testamenti, utpote carens legitimâ hæredis institutione; sed succederet hæres ab intestato; sustineretur tamen in ratione codicilli, adeoque hæredes ab intestato deberent tãquam ex fideicommisso dare hæredi scripto quotam illi designatam, quam non accipit ut hæres directus, sed ut fideicommissarius.

3. Possunt in testamẽto simul plures hæredes institui varijs modis. 1. Non expressis eorum partibus, v.g. si dicat testator: *Cajus, Seius, Titius hæredes*

des ſunto. & tunc fiunt hæredes ex æquis partibus. 2. Partibus expreſſis: ut *Paulus hæres eſto ex dodrante, Seius ex quadrante:* & tunc pro inæqualitate portionum inæqualiter ſuſtinebunt onera hæreditatis. 3. Poteſt hæres quoad partem inſtitui in aliquâ re ſingulari, ſeu certâ & determinatâ, ut in fundo Semproniano, in cenſu, in grege &c. & talis in rigore non tam eſt hæres, quàm legatarius; unde nec ad debita defuncti tenetur, nec jure accreſcendi gaudet, niſi reliqui hæredes ſcripti vel nollent, vel non poſſent eſſe hæredes, tunc enim omnia bona illi inſtituto in re certâ accreſcerēt. *l.1. §. ſi ex fundo. ff. de hæredib. inſtit.*

4. Hæredes ex teſtamento alij dicuntur neceſſarij, alij voluntarij, ſeu liberi, qui & extranei nuncupantur. Neceſſarij olim dividebantur in *Neceſſarios ſuos*, & *neceſſarios non ſuos*. Neceſſarij in genere erant illi, qui in teſtamento ſcripti, nolentes, volentes de-

bebant adire hæreditatem. *Necessarij sui* erant, qui simul etiam debebant necessariò in testamēto hæredes scribi, vel nominatim exhæredari, nempe existentes in potestate defuncti tempore mortis: filij, filiæúe, nepotes, nepotésve in defectum filiorum &c. Hodie tamē jure prætorio possunt etiam isti ab hæreditate abstinere, si velint, & ideo non sunt necessarij in hoc sensu, quòd debeant hæreditatem adire; sed, quòd debeant necessariò hæredes scribi, vel exhæredari. Porrò etiam filium emancipatum jure suitatis gaudere, sublatámque esse jure novo differentiam inter non emancipatum & emācipatum, multi docent post Bart. & hoc quidem verum est quoad hoc, quòd etiam emācipati debeant æqualiter institui. *l. meminimus. C. de legit. hæredib.* Cæterùm P. Wadingus docet *disp. 4. dub. 9. § 2.* communiorem esse sententiam, adhuc subsistere differentiam; & emancipatos esse hæredes extra-

extraneos, non *suos. Inst. de hæred. qual.* Vnde consequens est, in modo succedendi non esse pares, nec emancipatos acquirere dominium hæreditatis etiam non aditæ, ipso jure sicut non emancipati; nec perinde transmittere ad hæredes, sicut non aditam transmittit hæres suus, quam differentiam etiam agnoscit Hunnius *disp. 15. th. 1. §. neque ex hac.*

Hæredes necessarij non sui sunt mancipia: quando enim testator debitis ita gravatus, ut bona non sint suffectura, scribit hæredem servum, servus hoc ipso consequitur libertatem, sed cum onere adeundi hæreditatem; & tunc, quando bona hæreditaria subhastantur (quod dedecus civile reputatur) in servum, non in defunctum redundabit. Neq;, si postmodum ad pinguiorem fortunam pervenerit, ad quid ampliùs tenetur creditoribus defuncti.

Denique hæres extraneus, seu volun-

luntarius, ſicut non eſt neceſſariò hæres ſcribendus, ita non habet obligationem adeundi hæreditatem, ſed poteſt eam repudiare: habétque jus deliberandi, vel inventarij faciendi.

5. Si fortè hæres *ſuus* in ſuâ legitimâ non inſtituitur, quia hoc ipſum varijs modis fieri poteſt, varia quoque in Jure ſtatuta ſunt. Poteſt ergo primò pater filium omnino præterire, nullã illius ut hęredis mẽtionem faciendo: & tunc teſtamentum eſt ipſo jure nullum, dicitúrque *Injuſtum*, hoc eſt, non jure factum quoad inſtitutionem hęredis: valet tamen quoad legata & fideicommiſſa, ex communiore, contra Ant. Fab. & Gilken. Secundò poteſt filium nominatim exhęredare, ſed non addendo cauſſam, aut certè non aliquam ex illis, quæ in jure requiruntur, & habentur. *Nov 115. c.3.* & in hoc quoque caſu teſtamentum eſt ipſo jure nullum. Tertiò poteſt illum exhęredare apponendo cauſſam legitimam

timam, quam vel ipſe pater, vel hęres ſcriptus poſtmodum probavit; & tunc exhęredatio tenet, & excluditur ab hæreditate, qui alioquin fuiſſet hæres ſuus. Quartò poteſt exhęredare apponendo cauſſam, quæ tamen non probetur; & tunc communis quidem eſt ſentētia Legiſtarum, valere teſtamentum, utpote habens omnes ſolennitates, ac proinde non poſſe hæredem *ſuum* agere contra hæredem ſcriptum petitione hæreditatis (quia alter non eſt hæres injuſtus) ſuccurri tamen illi per *Querelam inofficioſi teſtamenti*, quâ imploret officium Judicis, ut reſcindat teſtamentum tanquam contra officium paternum factum, quo reſciſſo poteſt petitionem hæreditatis inſtituere.

6. Ab hac tamen communi ſententiâ non ſine gravi Juris fundamento recedit Clariſſimus Domin. Rath. *th. 12. & ſeqq. quib. mod. teſt. infirm.* & imprimis aſſerit, idem dicendum in

casu, quo adjecta est caussa legitima exhæredationis, sed nō probata, quod dictum est, si nulla cassa legitima sit expressa: nempe, vel in utroque casu, esse testamētum per *Querelam* rescindendum, vel in neutro: quia ambo hi casus in cit. Nov. æquiparantur à Justiniano, qui postquam caussas exhæredationis exprimendas esse, & expressas probandas esse præmisisset, requirit deinde æqualiter, & copulativè, & caussæ expressionem, & probationem his verbis. *Si hæc observata nō fuerint, nullum liberis præjudicium generari, sed quantùm ad institutionem, evacuato testamento, liberos ab intestato succedere.* Deinde asserit citatus Author, in utroque casu testamentum esse ipso jure nullum, adeoque nec opus esse rescissione, & *Querelam inofficiosi* hodie inter parentes & liberos esse planè sublatā; quod colligit ex verbis Nov: dicentis tale tēstamētum nullam vim quoad hęredis institutionem habere.

7. Si filius in parte non attingente legitimam institutus est, tunc non est locus querelæ inofficiosi (ut minùs rectè dixit Cardin. Lugo n. 161.) sed agitur ad supplementum. §. 3. *Instit. de inoff. testam. l. 3. C. eod.*

8. Omnia hęc etiam in matris testamento procedunt, hoc solùm cum discrimine, quòd, quando mater præterit filium, caussâ tamen exhæredationis positâ, præteritio pro exhæredatione habeatur, & querela inofficiosi sit instituenda. Porrò Querela inofficiosi competit etiam parentibus respectu testamenti filiorum (si sublata non est) item fratribus & sororibus consanguineis, si turpes personæ sunt heredes institutæ.

9. Legitima filiorum filiarúmque, si non excedant numerum quaternarium, est *Triens*, si verò excedant, est *Semis.* éstque relinquenda sine onere. Observant autem Legistæ, *Legitimam* non esse vocandam partem *hæredi-*

tatû, ſed *bonorum*: unde, ſi filius gravetur reſtituere totam hæreditatem, nõ tenetur reſtituere legitimam, potéſtque acceptâ legitimâ totam hęreditatem repudiare, quidquid dicat cum nonnullis alijs Treutlerus, refutatus ab Hunnio *de acquir. vel omitt. hæred. q.13*. Computanda eſt etiam legitima, deducto priùs ære alieno, & funeris expenſis. Poſſunt autem liberi renuntiare ſuæ legitimæ cum juramento, exceptis ijs, qui cauſsâ Religionis ingrediendæ renuntiarent; hoc enim, ſicut alias donationes irrevocabiles vetat Tridentinum *seſſ. 25. de Regular. c. 16.* niſi cum licentia Epiſcopi, vel eius Vicarij fiant intra duos menſes proximos ante profeſſionem, ubi tamen ſpecialiter excipitur noſtra Societas.

10. Deficientibus deſcendentibus, & exiſtentibus aſcendentibus, hi ſunt hęredes ſcribendi ſaltem in Triente, qui inter patrem & matrem dividitur

ęquali-

æqualiter, si uterque existat, alioquin uni totus cedit, & nihil avo ex alterâ parte existenti. Quodsi non nisi avi existunt, succedunt in stirpes, non in capita, & avo paterno unà cum aviâ, vel sine illâ existenti debetur media pars, & tantundem avo materno: vel, si unus solus, illi debetur tota legitima.

§. VIII.

De Substitutionibus.

SVMMARIVM.

1, 2, 3. Substitutio alia directa, alia indirecta.

4. Vulgaris substitutio quæ?

5. 6. Quomodo substitutus excludatur jure transmittendi.

7. An beneficio restitutionis in integrũ instituti locus fieri poßit substituto.

8. Substitutio pupillaris quæ?

9. An contineat tacitam vulgarem, & econtra.

10. An

10. *An excludatur Mater pupilli etiam quoad legitimam.*

11. *An idem de Matre testatoris dicendum.*

12. *An possit pupillariter substitui exhæredato.*

13. *Substitutio exemplaris quæ?*

14. *Utroque parente substituente, quis prævaleat?*

15. 16. 17. *Quousque extendenda facultas sic substituendi.*

18. *An amentia debeat esse perpetua.*

19. *Quid juris, si amens habet descendentes.*

20. *Substitutio compendiosa quæ?*

21. *Substitutio reciproca, seu breviloqua quæ?*

22. *An contineat fideicommissariam.*

23. *Substitutio fideicommissaria.*

1. CONTINGERE solet, ut in Testamento plures hæredes instituantur, non in eodem, sed diverso gradu cum ordine & subordinatione in-

ne inter se; & tunc primus dicitur simpliciter *Institutus*, reliqui verò *Substituti.*

2. Dividitur Substitutio in Directam & Indirectam. Directa est, per quam substitutus directè, & sine ministerio alterius hæreditatem Testatoris consequitur. Indirecta, seu obliqua est, quando directo hæredi, eiúsq; fidei committitur, ut hæreditatem tradat alteri, adeoque eam non à se Testatore, sed ab hęrede directo accipiat, unde & fideicommissaria vocatur, fitque verbis obliquis, hoc est, obliquè ad substitutum directis, v. g. Cajus hęres esto, quem rogo, ut, cùm morietur, hæreditatem meam Mævio restituat.

3. Differunt præterea 1. Quòd directè institutus fiat verus hæres, non item fideicommissarius. 2. Quòd iste debeat accipere ab illo, ante cuius aditionem non habet jus, &, si ille nolit adire, fideicommissum regulariter nõ

valeat

valeat, quia ſupponit exiſtentiam hæredis directi inſtituti. item ſi directus hæres moriatur ante teſtatorem, corruit fideicommiſſum, & ſuccedunt hæredes ab inteſtato. 3. Directus hæres capit hæreditatem ſine diminutione; fideicommiſſarius non item, quia directus hæres detrahit quartam partẽ, quæ *Trebellianica* dicitur, de quâ infrà.

Subdividitur Directa Subſtitutio in quinq; ſpecies: ſcilicet, in Vulgarem, Pupillarem, Exemplarem, Compendioſam, Reciprocam, ſeu Breviloquã.

4. Vulgaris ſubſtitutio eſt directa & ſimplex ſubſtitutio, quâ quis abſq; peculiari privilegio hæredem ſibi ſubſtituit. v. g. *Si Mævius vel nolit, vel non poſſit eſſe hæres meus, Caius eſto.* Quapropter, ſi Mævius adeat hæreditatem, Caio ſubſtitutio nihil prodeſt, niſi Mævius eſſet Filius Teſtatoris, & impubes decederet, vt dicemus. Quodſi Mævius hæres non fuerit, hoc ipſo Caius erit, niſi Mævius gaudeat iure

tranſ-

transmissionis, hoc est, transmittendi hæreditatem ad suos hæredes etiam non aditâ hæreditate, quod ijs competit, qui gaudent jure Suitatis, vel sanguinis. *l. un. C. de his, qui ante apertas tab. hær. trans.* ubi dicitur, hæreditatem ascendentium, qui aliquem ex descendentibus, seu immediatis, seu mediatis hæredem scripserunt, à descendente *hæreditatem* transmitti ad liberos, etiamsi eam non adiverit, sive sciens, sive ignorans sibi delatam esse, modò eam non recusaverit.

5. Quia verò jus transmittendi hæreditatē Justinianus Imp. *l. 19. C. de lure delib.* indulsit omnibus hæredibus scriptis & ab intestato, si decedant intra tempus deliberandi, ideo communiter DD. inferunt, omnem hæredem scriptum, & gaudentem jure deliberandi transmittere hæreditatem ad suos hæredes, excluso substituto: à quâ sententiâ divortium facit Hunnius *in Treutl. vol. 2. d. 11. th. 7. q. 43.* asserens,

asserens, allegatum textum intelligendum esse de illo solùm hærede, cui nullus est substitutus: ídque colligit ex generali regulâ, quòd substitutus non excludatur, purificatâ conditione, sub quâ est substitutus: atqui in præsenti casu conditio est purificata: quia hæres scriptus, hæres non fuit, ergo substituto, & non hæredibus hæredis scripti deferenda erit hęreditas. Verùm, si sic discursus Hunnij bonus est, ex eo pari modo concludere debuisset, nec Jus Suitatis prodesse liberis ad excludendum substitutum; nam & in illo casu purificatur conditio, ut consideranti patet: neque lex unica. *C. de his, qui ante apertas tab.* quidquam statuit circa exclusionem substituti, consequens autem est contra ipsum Hunnium, & cæteros. Sed quid ad fundamentum Hunnij dicendum erit? Omissâ responsione Donelli, quam utcunque refutat Hunnius, respondcri posse existimamus, negando mino-

minorem, in sensu juridico. nam licèt philosophicè loquendo, & verba, ut sonant, cõsiderando, omnino videatur dicendum, hanc conditionem: *si Mævius hæres nõ fuerit*. impleri, si Mævius intra deliberationis annũ decesserit: juridicè tamen eam considerando secus dicendum videtur. sensus enim ex communi interpretatione est; si Mævius vel non potuerit, vel noluerit esse hæres; & ita interpretatur ea ipse Hunnius th. 6. litt. A. dicens, substitutionem vulgarem fieri in eum casum, quo hæres institutus non fuerit hæres, qui casus (inquit) duos rursus casus complectitur, unum, si noluerit, alterum, si non potuerit hæres esse: quorum ille *Noluntatis*, hic verò *Impotẽtiæ* ab Interpretibus vocatur. Hæc Hunnius: unde subsumimus. sed hoc sensu conditio substitutionis non videtur civiliter purificata: nam neque verum est dicere, institutum hæredem non potuisse esse hæredem, quia utiq; potuis-

potuisset eam adire, cùm ponamus eum deliberare: neque etiam verum est dicere, *Noluisse*, quàmdiu enim deliberat, nec verum est dicere voluisse, nec noluisse; hoc enim est repudiare, illud acceptare, ergo &c.

6. Ex eadem lege 19. colligere vult Hunnius, ad transmittendam hęreditatem duo copulativè requiri, scilicet, ut hęres scriptus sciat, sibi delatam esse hęreditatem: &, ut sit adhuc in viâ deliberationis. Verùm ex citatâ lege nunquam hoc erui poterit. lex enim non dicit, quòd is non transmittat hęreditatem, qui moritur nescius, sibi esse delatam hęreditatem: sed, quòd nō transmittat, si moriatur elapso anno deliberationis, & non acceptaverit, sciens esse sibi delatam, quę sunt longè diversa.

7. Quęritur. Si quis vulgariter substitutus sit minori, vel alteri gaudenti beneficio restitutionis in integrum, ísque hæreditatem adierit, sícque fecerit,

cerit, ut substitutioni locus non esset: postea verò animadvertens se hæreditatis aditione læsum, petat restitutionem in integrū: quæritur, inquam, an substitutio reconvalescat, & substitutus succedat, excludens hæredes ab intestato? Affirmativa videtur satis clarè colligi ex lege 44. *ff. de re judicatâ.* & ratio videtur esse; quia restitutio in integrum facit, ut fictione juris omnia sint in antiquo statu, perinde ac si nihil actū esset. unde talis hæres post restitutionem non nisi solo nomine hæres dicitur. Nihilominus difficultatem non levem ingerit *lex 7. §. 10. ff. de Minor.* ubi dicitur, quòd servus substitutus minori restituto, non admittatur, nisi quando hæreditas solvendo non est: cujus ratio esse videtur, quòd Prætor nolit suâ restitutione obesse defuncto: obesset autem, si servus nō cogeretur adire hæreditatem, quæ solvendo non est, sic enim bona hæreditaria cum testatoris ignominiâ distrahe-

herentur, quæ tamen redundat in servum, si heres necessarius existat. Respondet quidem Hunnius, hoc in servo speciale esse ideo, quia, cùm servus tam civili, quàm prætorio jure pro nullo habeatur, ideo restitutio in integrum, quæ remedium prætorium est, ad servum nō spectat, nec ei prodest, nisi in casu posito &c. Verùm hæc responsio non satisfacit: nā, esto, prætor directè non intendat prodesse servo, quando tamen beneficium facit uni, restituendo omnia in pristinum statum, nō vult impedire, ne per consequentiam alteri prosit: immò non tam non prodesset servo, quàm potiùs impediret, ne Testatoris voluntas exitum haberet, cuius intentio utique fuit, servum habere hæredem, si institutus esse nolit, & in effectu reipsâ nō sit. Aliter ergo responderi posse censemus: in servo speciale esse ideo, quia, ut ex §. 1. *Inst. de hæred. instit.* colligitur, servus tunc solùm, & in illis casibus

bus admittitur ad hæreditatem, quando, si nollet, cogi posset etiam invitus adire, utpote hæres necessarius: atqui, postquam minor institutus hæreditatem semel adijt, servus ab hoc onere liberatus est, ut non cogatur adire hæreditatem: quam liberationem non amittit per restitutionem minoris: sicut non amitteret libertatem, quam cõsecutus esset beneficio substitutionis in casu, quo minor statim ab initio hæreditatem repudiâsset, postea verò per restitutionem hęreditatem adijsset: ergo in casu nostro, quo hęreditas est solvendo, meritò servus substitutus non ampliùs admittitur, nec substitutio reconvalescit, quia cùm pro tali casu servus cogi non possit, pro eodẽ nec volens admitti debet: alioquin non tam esset hæres necessarius, quàm voluntarius. Et hactenus de substit: vulgari.

8. Substitutio pupillaris est, quâ Pater in suo testamento facit etiam

testamentum sui hæredis filij impuberis in suâ potestate constituti (unde mater, utpote carens patriâ potestate, non potest pupillariter substituere) quo illi, tanquam in ætate pupillari intestabili ex juris privilegio substituit hęredem, si fortè in ætate pupillari decesserit, ad hoc, ut non decedat intestatus: v.g. *Cajus filius meus impubes hæres esto: qui, si in pupillari ætate decesserit, Titius eius hæres esto.* Quodsi Testator miles sit, potest etiam filio impuberi emancipato substituere pupillariter, *princ. Inst. de pupill. subst it.*

9. Est autem sententia cõmuniter recepta, substitutionem vulgarem expressam comprehendere pupillarem tacitam; & econtrà pupillarem expressam continere tacitam vulgarem: adeoque, qui expresse substituit in casum pupillarem, cẽsetur tacitè substituisse etiam in casum vulgarem, & econtrà, colligitúrque ex *l. 4. ff. de vulg. & pup. subst.* Unde, si Cajus filius

abſti-

abstineret ab hæreditate, etiam post adeptam pubertatem, Titius vi substitutionis succederet, non quidem ipsi Cajo, sed Testatori defuncto, virtute scilicet substitutionis vulgaris tacitæ, quæ in illâ pupillari continebatur.

10. Quæritur I. An per substitutionem pupillarem excludatur mater pupilli etiam quoad legitimam, quam alioquin filius relinquere teneretur. Affirmativa colligitur ex *l. Precibus. 8. C. de impub. & al. subst. & cap. si pater. 1. de Testam. in 6.* Neque obstat, quòd, si filius ipse testamentum faceret, debe-ret matri legitimam relinquere; unde inferendum videtur, etiam à Patre testãte nomine filij & de bonis, quę filius aliunde, quàm ex patris testamento habet, legitimam matri relinquẽdam esse, eò quòd non plùs possit, qui nomine alterius aliquid gerit, quàm quòd ipse principalis posset: ad hoc enim respondet Bonifacius VIII. in cit. cap. his verbis: *Licèt autem filius testa-*

testamento suo matrem portione jure naturæ debitâ privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum huiusmodi pupillare, paternum, vel paterni pars potiùs est censendum.

11. Idem cum proportione de matre testatoris dicendum est, eam excludi à substituto extraneo; quia extantibus liberis non tenetur testator relinquere matri legitimam, & potest velle, ut extraneus simul cum liberis sibi succedat: ergo potest extraneum ita instituere, ut, etiamsi ex tacitâ vulgari succedendum sit, matrem testatoris excludat: & hæc mens testatoris inde colligitur, quia scivit se matrem habere, & tamen eam non instituit: ergo voluit exclusam. *Ita Eman. Sà, Suarez, Treutl. aliique apud Menoch. l. 4. præsumpt, 39. & ex Theol. P. Wadingus disp. 5. dub. 9. n. 4. in fine.*

12. Quæritur II. An possit pater pupillariter substituere filio legitimè

exhæ-

exhæredato, adeoque non instituto hæredi, in patriâ tamen potestate existenti. Resp. Affirmativè, *ex l. 1. ff. de vulg. & pupill. subst.* & hic casus continet exceptionem à communi regulâ, quòd substitutio pupillaris expressa contineat vulgarem tacitam. illi enim, qui hæres scriptus non est, vulgariter substitui non potest. Jllud incertum est, utrum substitutio pupillaris subsistat facta in testamento ob injustam exhæredationem, vel præteritionē nullo, aut postea rescisso? multi negant. sed non improbabiliter affirmat Hunnius *q. 49. de subst. & q. 56.* ex illâ juris regulâ, quòd, quoties legata in testamento relicta debentur, toties valeat substitutio pupillaris. *l. 2. § 1. ff. de vulg. & pupill. subst.* atqui in illis testamentis valent legata & fideicommissa, ut suprà traditum est. ergo.

13. Substitutio Exemplaris, hoc est, ad exemplum pupillaris introducta, (unde & quasi pupillaris dicitur) est

substitutio simplex & directa, quâ pater, aut mater, aut alius ex descendentibus, liberis furiosis, mente captis, hæredem substituunt. *l. humanitatis. 9. C. de impub. & alijs substit.*

14. Quæritur I. Si tam Pater, quàm Mater in suis testamentis substituant filio, utra substitutio valeat? & quidē non valere utramque, sed unam tantùm, inde colligitur, quòd nemo possit cum duobus testamentis decedere: quod tamen in casu quæstionis fieret, ut consideranti patet. Videtur substitutio patris præferenda, cui substitutio pupillaris ob patriam potestatem conceditur, matri verò denegatur.

15. Quæritur II. An hæc substituendi facultas etiam ad alios descendentes aliunde intestabiles, ut ad surdos & mutos, litterarum ignaros, item ad prodigos extendenda sit? Multi affirmant ob paritatem rationis. Verùm cùm privilegia contra jus commune introducta sint strictæ interpretationis,

nis, nec ultra indulti verba extendenda, lex verò 9. cit. de solis mente captis loquatur, ideo, juris apicibus inspectis, negandum videtur.

16. Quæritur III. An etiam impuberi mente capto possit exemplariter substitui. Ratio dubitādi est, quia, cùm exemplaris substitutio solùm ad imitationem pupillaris introducta sit, & ista in impubere locum habeat, non videtur exemplaris admittenda, quandoquidem ad extraordinarium remedium deveniendum non sit, ubi ordinarium haberi potest. Nihilominus Resp. Affirmativè arg. cit. leg. 9. ubi dicitur: *etiamsi puberes sint*: quasi diceret: se etiam ad puberes extendere. Est autē utile sic illis posse substitui, tum quia exemplaris etiam ultra annos impubertatis operatur, tum quia sic etiam mater substituere potest.

17. Quæritur IV. An sicut pupillariter, ita etiam exemplariter possit exhæredatis substitui. Resp. Negativè; nam

nam in l. 9. cit. expressè requiritur, ut illi, cui sic substituitur, legitima relinquatur.

18. Quæritur V. An amentia debeat esse perpetua; vel an potiùs exspiret substitutio, si per intervallum hæres redeat ad mentem. Resp. Debere quidem esse perpetuam, non tamen eo rigore, ut quovis intervallo substitutio enervetur: satis enim est, esse eiusmodi, ut post intervalla lucida possit facilè redire: unde non censetur substitutio cessâsse, quàmdiu non est probabile, amentiam radicitùs esse sublatam: ac propterea, amentiâ post mentem receptam redeunte, non tam reconvalescit substitutio, quàm potiùs ab effectu colligitur, eam nunquam cessâsse: nisi tempore intervalli ipse hæres testamentum fecisset.

19. Si amens habet descendentes, tunc patri amenti saltem unum, si nō velit omnes, debet avus, aut avia substituere, cæteris verò saltem legitimã

relin-

relinquere: si deficiant descendentes, debent substitui fratres ex eodem substituente: his etiam deficientibus, quivis substitui potest. *l. 9. cit.*

20. Substitutio compendiosa est, quæ plures substitutionum species complectitur quoad diversa tempora, verbis saltem generalibus expressas: v. g. *Instituo hæredem filium meum, & quandocunque mortuus fuerit, substituo illi Sempronium.* quo casu, si filius non sit hæres, datur substitutio *vulgaris*: si sit hæres, & in ætate pupillari decedat, datur *pupillaris*: si post pubertatem impotens testandi fiat ex amentiâ, datur *exemplaris*: si sine amentiâ decedat, datur *fideicommissaria*.

21. Substitutio reciproca, seu Breviloqua est, quâ instituti hæredes sibi invicem substituuntur, v. g. *Hæredes mei sint Cajus, Mævius, Titius, & eos sibi invicem substituo.* In hoc casu lex *jam hoc jure. ff. de vulgari.* si inter hæredes institutos essent filij, & unus tantùm

eorum

eorum impubes, tunc præsumitur ibi non nisi vulgaris substitutio, ne sit impar eorum conditio, si uni etiam pupillariter cęteri substituerētur. Quod si verò plures sint impuberes, censentur illi sibi etiam pupillariter invicem substituti.

22. Quæritur, an in tali reciprocâ substitutione contineatur fideicommissaria. Communis quidem sententia negat, nisi vel exprimatur per verba obliqua, vel fiat in Codicillo. Affirmant tamen Ferdin. Vasq. & Wadingus: tum quia verbum *Substituo* est verbum commune; tum directum, quàm indirectum sensum recipiens; tum quia aliàs sæpe talis substitutio inutilis erit, quia altero non adeunte hæreditatem alteri pars eius accrescit absque substitutione: ergo pro hoc casu non est vtilis. ergo, vt sit vtilis, debet esse pro casu, quo adit hæreditatem: ergo debet prodesse vt fideicommissaria.

23. Sub-

23. Substitutio deniq; Fideicommissaria est Substitutio simplex & indirecta, quâ hæres vel ex testamento, vel ab intestato succedens grauatur restituere vel totam hæreditatem, vel quotã fideicommissario: & hæc quidem dicitur *Fideicommissum vniuersale*: nam si grauatur restituere rem certam, v. g. domum, coincidit cum legato, neque particularis fideicommissarius potest cogere hæredem ad adeundam hæreditatem. De fideicommisso, & Trebellianicâ mox plura.

§. IX.

De Legatis & Fideicommissis.

SVMMARIVM.

1. *Legati definitio.*
2. *Quinam legatum relinquere possit.*
3. *Quibus modis res eadem pluribus legari poßit.*
4. *Discrimen inter re tantùm, & re ac verbis coniunctos.*
5. *An ius accrescendi locum habeat in coniunctis sermone tantùm.*
6. *Invito legatario non accrescit sicut hæredi.*
7. *Quandonam legatarius acquirat dominium.*
8. *Quid si erratum est in demonstratione rei, vel legatarij.*
9. *Legatum creditori factum an veniat in partem solutionis.*

10\. 11. *Quî res aliena legari poßit.*

12\. *Quàmdiu legatorum executio differri poßit.*

1. LEGATVM definitur à Justiniano: Donatio à defuncto relicta, ab hærede præstanda. Differt ultimis verbis à donatione causâ mortis, quæ, licet etiam non nisi morte confirmetur, plerumque tamen ab ipso testatore tradi solet. A fideicommisso particulari vix apparet, quomodo ex definitione differat, nec mirum, cùm ipse Justinianus dicat, se legata fideicommissis particularibus penitus exæquâsse: quod quâ ratione verum sit, contra plures instantias copiosè propugnat Hunnius *de leg. & fideicomm. q.* 2.

2. Legare non potest, nisi qui testamentum facere potest, esto legatum etiam in Codicillo relinqui possit. Econtrà tamen verum non est (quod quidam JConsulti rerum Ecclesiasticarum ignorantiâ lapsi dixerunt) ijs solis legari posse, qui hæredes esse possunt: nam quibusdam professis successionis incapacibus rectè legata re-

linqui, suprà tradidimus. Habet ergo regula hanc exceptionem.

3. Potest eadem res pluribus legari, ídque tripliciter: primò ut re & verbis sint conjuncti, v. g. *Titio & Cajo Fundũ Tusculanum lego.* Secundò, ut, licèt verbis, seu sermone sint disiuncti, re tamẽ sint conjuncti, ut *Titio Fundum Tusculanum lego. Cajo Fundum Tusculanum lego.* Tertiò, ut verbis quidem sint cõjuncti, sed aliquo modo re disiũcti, quatenus singulis assignantur partes: v. g. *Titio & Cajo lego fundum Tusculanum æquis partibus.* ubi observandum cum Bacchovio post Ant. Fabr. quod partes inæquales non possint duobus in eadem re relinqui cum verbali conjunctione verâ, sed quòd tales semper sint & re, & sermone disiuncti, ut si diceret Testator, *Titio & Caio fundum relinquo pro partibus inæqualibus, Titio. 8. unc. Cajo. 4.*

4. Certum est, quòd inter illos, qui re conjuncti sunt, detur jus accrescendi, quam-

quamvis cum hoc discrimine non contemnendo, licèt à paucis animadverso; nempe, quòd, si sint re & verbis conjuncti, uno legatario deficiente, alteri pars accrescat cum omni onere, sub quo deficienti legatario erat relictum: si verò re quidem, non item sermone conjuncti sint, sine onere accrescat: unde quidam JConsulti, inter quos Hunnius & Schneidevv: ansam sumpserunt novæ phrasis adhibendæ ad hoc discrimen exprimendum, dicentes in hoc posteriore casu non tam jure accrescendi, quàm jure non decrescendi partem acquiri: sed hoc reprehendit Treutlerus & Bacchovius.

5. Quæritur tamen I. & graviter controvertitur inter JConsultos, an jus accrescendi etiam locum habeat, quando collegatarij verbis tantùm conjuncti sunt. Negat cum Hottomanno & Giphanio Antonius Faber vocans affirmativam (satis fabriliter)

ſtultam, & falſiſſimam. Affirmāt communiter alij Juriſtæ, quibus adhærent Treutl: Bacchovius, & Hunnius, ubi ſolutiones contrariorum fundumentorum videri poſſunt, quæ ſanè expeditiores ſunt, quàm quas Faber adhibet ad argumenta affirmativæ. Sanè, cùm vel maximè attendenda ſit mens teſtatoris, noſtro quidem judicio non videtur alia eſſe (cōmuniter loquendo) in conjunctione, quæ fit re & verbis, ac quæ ſolis verbis, & quæ ab illa non diſcrepat, niſi per hæc verba: *æquis partibus*, quæ tamen teſtator ideo ſolùm adjeciſſe videtur, ut declararet, ſe ambos æqualiter diligere; volens verbis exprimere effectum legati, quem habiturum eſſet poſtea in legatariorum concurſu, quando ad diviſionem agent: neutiquam verò volens præjudicare juri accreſcendi, prout faceret, ſi oratione ſejungeret, ut factum eſt in caſu. *l. 1. in princ. ff. de uſufr. accreſc.* vel ſi brevitatis ſtudio verbis conjunxiſ-

ſet,

set, ídque ex circumstãtijs colligi posset, cujus exemplum est in *l. 66. ff. de hær instit.*

6. Quæritur II. An, sicut hæredi etiam invito accrescit cohæredis deficientis portio; ita etiam Legatario, ac proinde vel totum legatum cum suis oneribus, vel nihil habere debeat. Resp. negativè, ut colligitur ex *l, unicâ. §. ubi autem. C. de caduc. tollend,*

7. Quæritur III. Quandonam Legatarius censeatur acquirere Dominium rei legatæ? Multùm in hoc puncto dissentientiunt A A. quos cōciliari posse arbitramur distinguendo, an res determinata, an indeterminata, an purè, an in diem legata sit. Si sit legata in diem, transit in dominium legatarij veniente die, vel impletâ conditione de futuro. Si purè, sed tamen res indeterminata, & determinatio sit pænes hæredem (vocabatúrque antiquitùs legatum *damnationis*) non transit in dominium Le-

gatarij, nec debentur illi fructus, nisi à tempore, quo hæres fuit in morâ tradendi, adeoque tunc, quando obligatur ad determinandum. Quando autem res determinata, & purè est legata, tunc fatentur omnes, diem legati cedere à die mortis testatoris, etiam ante aditam hęreditatem, nisi legatus sit usufructus, vel libertas: tit. *Digest. quando cedit dies legati.* Cedere autem diem, significat, incipere rem deberi. *l. 213. ff. de V. S.* Verum tamen est, Legatarium non posse ante aditam hęreditatem exigere legatum; cùm hoc sit præstandum ab hærede: hęres autem strictè & cum onere nemo sit ante aditam hæreditatem: ergo ante aditam hęreditatem non habet legatarius dominium verum; habet tamen fictione juris hoc sensu; quia postmodum acceptando legatum retrotrahitur dominium ad diem mortis, vel (in casibus paulò antè insinuatis, scilicet legatæ

gatæ libertatis, vel ususfructûs) ad diē aditæ hæreditatis: item, si legatarius moreretur ante aditam hæreditatem, transmitteret legatum ad hæredem. Deinde ab aditâ hæreditate habet jus exigendi legatum, quandocunque voluerit: quia tamen pænes ipsum est, velle, vel nolle acceptare, si non acceptet, censetur nunquam fuisse dominus: si acceptet, censetur fuisse dominus à die, quo legatum cessit: unde dicitur, dominium usque ad acceptationem esse revocabile, non item post acceptationem, hoc sensu, quòd acceptatione positâ teneatur subire onera, si quæ legato sunt annexa. Quodsi res incerta legata fuit, tunc, si moriatur legatarius ante aditam hæreditatem, transmittit jus ad hæredes. Si verò sub conditione, aut in diem incertum, hoc est, de quo incertum est, an sit eventurus (& reipsâ est sub conditione, ut in disp. de Contract. in gen. diximus) fuit

legatum, exspirat, si ante diem illum moriatur, quia quod nondum debitum est, transmitti non potest: secus, si in diem certum; tunc enim transmittitur, quia jam antè debetur, licèt non debeatur ita, ut antè solveretur.

8. Quæritur IV. Quid judicandum, quando erratur in demonstratione rei legatæ, aut legatarij, v. g. quando dicitur: *Lego tibi centum, quos habeo in tali cistâ*, vel *quos debet Paulus*: si fortè solùm quinquaginta sint in cistâ, vel debeat Paulus, vel omnino nihil. Resp. nisi ex alijs indicijs aliud de mente testatoris præsumi possit, judicandum est, plus non deberi, quàm in arculâ reperiatur, vel debeat Paulus; secus esset, si diceret: *Lego tibi centum, & illos volo solvi ex debito Pauli.* tunc enim propter orationis diversitatem debent ex præsumptione mentis Legatoris solvi etiam aliunde, si Petrus tantam summam non

non debeat. Minùs adhuc vitiat error circa Personam legatarij, si enim de mente constat, non obstante errore circa nomen commisso, legatum debetur: secus, si in qualitate adjectâ motivum legandi exprimente erratum esset, v.g. dicendo: *Petro consanguineo meo* (qui tamen revera non est) *lego.*

9. Quæritur V. An, quando legatur aliquid creditori, censeatur legatum venire in partem solutionis? Resp. ex Juris dispositione tunc venire, quando debitum debetur ex lege, v.g. ut legitima, vel dos. secùs, si debitum proveniat ex pacto, & est debitum voluntarium. Quodsi expressè res debita legetur, eatenus valet, quatenus plus continetur in legato, quàm in debito; ut si legetur absolutè & purè, quod solùm debebatur in diem, aut conditionatè.

10. Quæritur VI. An possit legari res aliena, & quomodo. Resp. alie-

nam rem tunc rectè legari, si testator sciverit alienam esse, cuius probatio incumbit legatario: non requiritur tamen hæc scientia, si legatarius sit persona conjuncta, vel res legata sit ipsius hæredis.

11. Quodsi legatarius vivo testatore rei legatæ dominus factus est, distinguendum est: si enim ex caussâ onerosâ, tunc *actione ex testamento* pretium rei consequetur. si ex caussâ lucrativâ, tunc legatum extinguitur, quia duæ caussæ lucrativæ in eandem rem, eandémque personam concurrere non possunt. Vnde, si eadem res eidem duorum testamentis legata sit, multùm interest, utrum rem, an æstimationem ex uno testamēto sit consecutus; nam priore casu non potest agere ex altero testamento, benè tamen in casu posteriore.

12. Quæritur VII. Quàm diu possit hæres vel executores differre legatorum executionem. Resp. In foro exter-

externo compellitur intra semestre præstare legata pia. *Auth. de Ecclesiast. tit. & privil.* ad profana datur annus *in cap. 3. de testam. & in l. nulli. C. de Episc. & Cler.* in foro interno statim, ubi commodè potest, solvere tenetur, ex regulâ generali omnium debitorum, quæ traditur in materiâ de Restitutione.

§. X.

De Falcidiâ & Trebellianicâ detrahendâ.

SVMMARIVM.

1. *Finis introductæ Falcidiæ.*
2. *Quinam legatarij privilegiati.*
3. *Quantitas patrimonij ad quod tempus referatur.*
4. *Falcidia etiam à fideicommissis singularibus detrahitur.*
5. *Legatum hæredi relictum non computatur in Falcidiam.*
6. *An filius præter legitimam detrahat Falcidiam.*

7. *An*

7. *An testator possit prohibere detractionem Trebellianicæ.*
8. *Quandonam esset favor Falcidiæ.*
9. *An Fiduciarius teneatur computare fructus in Trebell.*

1. NE hæredes frequenter absterrerentur ab hæreditatibus adeundis, utpote nimiùm gravatis, sine ullâ, vel exiguâ spe emolumenti, multorum verò incommodorum periculo, lege Falcidiâ cautum est, ne pagano (secùs est de milite) plus legare liceret, quàm dodrantem, ita ut quarta pars, nempe quadrans maneret hæredibus. Quapropter detractis priùs debitis, & funeris expensis &c. si legata tam enormia sint, ut ijs solutis non remaneret hęredi quarta pars, potest hæres à legatis detrahere cum debitâ proportione, donec sibi habeat quartam partem. Neque de hoc multùm conqueri possunt legatarij, quibus utique optabilius est, aliquid con-

sequi, quàm fortè nihil, quod sæpè fieret, hæreditate repudiatâ; tunc enim etiam legata corruunt.

2. Detrahit autem duntaxat à legatis non privilegiatis; nam legata pia, *Auth. similiter. C. ad l. Falcid.* ex communi quidem interpretatione, item legata cum perpetua inalienabilitate relicta, & ad libertatem sunt privilegiata, nec ab illis Falcidiæ detrahendæ potestas datur. Cæterùm, ut bene notat Hunnius q. 11. huiusmodi privilegiata legata, sicut & quævis alia, quæ solida præstanda sunt, ab hærede æris alieni loco ante omnia deducuntur, & sic horum legatorum privilegio non gravantur reliqua legata. An autem hoc privilegio gaudeat legatarius privilegiatus contra hæredem etiam privilegiatum, v. g. si hæres sit caussa pia, resolvendum est ex generalibus, quæ traduntur in materia de Privilegijs.

3. Porrò Quantitas Patrimonij, ad

quam

quam ratio legis Falcidiæ exigitur, ad illud tempus refertur, quo testator mortuus est. §. *quantitas. Instit. de leg. Falcid.* augmentum enim & decrementum postea contingens ad legatarios non pertinet, sed heredis lucro, vel damno cedit.

4. Quæritur I. An Falcidia detrahatur etiam à Fideicommissis singularibus. Resp. Affirmativè, *& colligitur ex l. 1. ff. ad Trebell. SConsultum.* & ratio est, quòd fideicommissa singularia sint legatis per omnia exæquata.

5. Quæritur. II. Si Testator ipsi etiam hæredi legatum reliquit, an illud computandum sit in Falcidiam? Resp. Negativè. *l: in quartam. ff. ad l. Falcid.* sed ex illo non minùs quàm ex alijs legatis Falcidia detrahitur: & in hoc differt Falcidia â Trebellianicâ, in quam computandum est, si quid hæredi gravato fideicommisso legati nomine relictum est: *leg. cit.*

6. Quæritur. III. Si filius grauatus est

est legatis vel fideicommissis an possit non solùm detrahere suam legitimam (quæ nunc quidem est triens, antiquo autem iure erat quadrans) sed etiam Falcidiam vel Trebellianicam? Negant Hottomannus, Ant: Faber, Hũnius, Treutlerus, Bauhovius, Cuiacius, Donellus, Hilliger, Goveanus, Mattheacius, & ante hos Jason *in l. generaliter in pr. C. de Inst. & subst.* hi, inquam, contendunt, Iure civili inspecto, non posse filium nisi legitimam detrahere: & quidem si legata aut fideicommissa sunt purè relicta, adeoque statim præstanda, consentiunt ferè cæteri quoq; tam Legistæ quàm Canonistæ: quia Iura non permittunt eodem tempore duas fieri detractiones, ut etiam notauit Gail. *lib. 2. obser. 121.* tota controversia est, si fuerit relicta sub conditione, vel in diem, quo casu cęteri Iuristæ, & unanimi ferè consensu Canonistæ affirmant, posse filium statim detrahere legitimam; deinde verò adveniente

ente die, vel cõditione etiam Trebellianicam, vel Falcidiam: fundamentum desumitur ex cap. *Reunutius & c. Reinaldus de Testam.* vbi Põtifex sui delegati sententiam confirmat. Neque tamen intentio Pontificis fuit, hoc in puncto uniuersalem legem ferre, aut iuri civili præiudicare, sed quod legitimè poterat, vel pro solis Pontificijs terris ita statuere, vel sententiam tunc apud Iuristas receptam iudicando sequi. Vnde immeritò & imperitè calumniatur Hottomannus & Hunnius Pontificem, quasi suo errore & Iuris ignorantiâ cæteros deinde interpretes in errorem secum traxisset: debuissent isti advertisse, ab Azone in summa collat. 1. hanc sententiam traditam esse, eámque, teste Corneo, tanquam Euangelium ab omnibus habitam fuisse, præcessit autem Azo & Gregorium IX. & Innocentium. III. authorem capituli *Rainutius.* Porrò hæc sententia hodiéq; in Iudicijs practica-

ctica-

patris, si locò filij succedit proprietarius extraneus (qui potest patrem faciliùs in judicio convenire, quàm filius) quàm vertatur præjudicium alterius usufructuarij, si locò unius alius extraneus substituatur.

5. Quæritur II. An minor possit donare caussa mortis sine curatoris authoritate. Negant multi, quos sequitur noster Mol. Castro Pal. & Anton. Perez. n. 19. Nobis tamen probabilius est, minorem sine Curatoris authoritate posse donare caussa mortis, licèt non possit donare inter vivos. Ita plures, quos sequitur Fachinæus cap. 61. Zoesius, & Dñ. Lossius. Ratio est. Cui permittitur testamenti factio, permissa quoque est donatio causâ mortis *l. cùm hic status, §. si miles. ff. de donat. inter virum & uxorem* atqui minori sine curatoris authoritate permissa est testamenti factio *l. à quâ ætate 5. ff. qui testamenta fac: pos. l. si frater 4. C. eod.* ergo &c. Neque minor est speciali-

cialiter exceptus à regulâ universali, ut patebit.

Confirmatur ex *l. 1. ff. de tutel. & rationib. distrahend.* ubi negatur pupillo donatio caussâ mortis ideo, quia testari non potest: ergo per argumentum à contrario videtur non ineptè concludi, quòd, si testari posset, donare quoque posset, alioquin lex debuisset aliam caussam assignare, scilicet illam, quam adversarij afferunt.

6. Obijciunt ergo 1. Donatio caussa mortis quoad sui initium & productionem assimilatur contractibus: atqui donatio prout est contractus (nempe inter vivos) requirit authoritatem tutoris ad integrandam personam: ergo & donatio caussa mortis. Ad hoc argumentum nihil respondent nostræ sententiæ patroni: &, si maior propositio solidè probaretur, vim haberet. Verùm illa non satis probatur, nam lex *inter*

mortis

mortis 38. ff. de donat. mortis ca. quam allegant, hoc non dicit, sed solùm, quòd ad donationem mortis caussa requiratur acceptatio donatarij: & in hoc jam suprà diximus differre ab ultimis voluntatibus, prout etiam advertit Laymann. *cap. 12. n. 4.* atq; hoc sensu admittimus, quòd donatio quoad sui initium & productionem assimiletur contractibus potiùs, quàm ultimis voluntatibus.

7. Obijciunt 2. Legem *filiumfam. ff. de donat.* ubi dicitur. *Pari autem ratione, quâ filiusfam. donare prohibetur, donare caußâ mortis prohibetur.* Unde volunt adversarij conficere regulã universalẽ, quòd, quâ ratione quis prohibetur donare inter vivos, etiã prohibeatur donare caussa mortis. Sed est mala consequentia. Nam filiusfam. prohibetur donare tam inter vivos, quàm caussa mortis sine authoritate Patris propter præjudicium patris: & solùm illa bona, quorũ usumfructum

habet pater: at verò authoritas curatoris requiritur ad integrandam personam: ſicut ergo hanc leges non requirunt ad teſtamentum minoris, ita nec ad donationem cauſſa mortis: ſatis enim conſultum eſt minori, quòd donatio ſemper ſit revocabilis.

8. Quæritur III. De Donatione inter virum & uxorem, inter vivos an valeat. Reſp. Regulariter non valere, ſi alter fiat pauperior, & alter ditior, *l. ſi ſponſus. ff. de donat. inter virum & uxorem.* Utrumq; ergo requiritur, ut ſcilicet alter fiat pauperior, & alter locupletior: unde alterutro deficiente valet donatio. Ratio concluſionis multiplex aſſignatur: præcipua de ſumitur à periculo, ne conjuges ex amoris vehementia ſibi donando graviter nocerent; immò etiam non donando odia, animorúmque averſiones generarent, ac tandem amor conjugalis venalis eſſet. Hinc infert Card. de Lugo, ne quidem donationes

nes remuneratorias valere, quia eadem incommoda secum afferrent. Alij tamen communi calculo volunt, has valere, atque ut indubitatum supponit Wadingus.

9. Quæritur IV. An saltem mortis caussâ possint sibi donare conjuges: & an donatio ab illis facta inter vivos, adeoque ut sic invalida, si tamen revocata non fuerit, morte donantis confirmetur, & sustineatur ut donatio mortis caussa. Negat glossa, *quam sequitur Covarr. rubr. de testam. par. 3. n. 2. Iulius Clarus lib. 4. sent. §. donatio q 9.* Nihilominus affirmativa omnino tenenda, & recepta est: quæ imprimis colligitur per argumentum à contrario ex *l. 27 ff. de mor. ca. donat.* ubi dicitur, donationem factam, ut irrevocabilem hoc ipso non esse donationem caussa mortis, etiam si concipiatur ut talis, & ideo inter conjuges non valere. Ergo, si revocabiliter fiat, & tamen non revocetur, valebit. *& l. 9.*

§. ult. & l. 10. ff. de donation. inter virum & vxorem. id apertis verbis statuitur.

Observandum autem est discrimen inter donationem ita conceptam, ut solet, & debet concipi donatio caussa mortis, & inter donationem, qua conjuges attentarent sibi donare irrevocabiliter: nam priori casu non ita firmaretur morte, ut retrotraheretur ad tempus interpositæ donationis: posteriore verò retrotraheretur, adeoque, si servus donatus esset, qui interea stipulando aliquid acquisivisset, illud post mortem donantis spectaret ad conjugem alterum. Et ita interpretatur Accursius *legem. 40 ff. de mor. ca. don.* quamvis non videam ab alijs hoc discrimen observatum.

10. Diximus in Conclusione n. 7. posita: *Regulariter.* Excipitur enim primò Donatio inter Augustum & Augustam. *l. pen. C. de don. in. vir.* quod extendunt DD. ad omnes principes supremos. 2. Si unus conjugum alteri donet,

donet, ut assequatur aliquẽ honorẽ & dignitatẽ. *l. quod adipiscendæ. 40. ff. eod.* 3. Si juramento confirmentur, ex Regulâ generali à nobis traditâ. *Disp. de Contr. in gen.* Plures exceptiones videri possunt apud Augustinum Barbosam *in c. Donatio. de donat. in virum & uxorem.*

11. Quæritur V. Quid juris sit circa donationes parentum. Resp. 1. Patrem non posse donare purè & inter vivos filio, vel filiæ in potestate patriá constitutæ. *l. donationes, quas parentes. C. de donat. in virum & uxorem.* Morte tamen confirmatur donatio cum hac tamen limitatione, ut, si donatio excedat summam legibus taxatam, hoc est, quingentorum solidorum, & non fuerit insinuata, debeat fieri expressa illius confirmatio in morte; & tunc non retrotrahitur ad tempus factæ donationis, sed incipit à tempore mortis; sin autẽ facta fuit insinuatio, vel si summa

non excedat 500. solidos, tunc non requiritur expressa confirmatio in morte, sed sufficit non esse revocatã, & retrotrahitur ad tempus factæ donationis. Resp. secundò. Donatio ob caussam, seu præteritã, seu futuram, ut propter studia prosequenda, valet; quia valde prodest Reipublicæ. *Iul. Clar. q. 8.* Neque talis donatio est conferenda, aut computanda in legitimã, nisi hoc parens expresse protestatus fuisset. Eodem modo potest pater donare filiofamilias caussa militiæ. Resp. tertiò. Filio emancipato potest pater donare purè, sicut cuivis alteri: si tamen donatio fuisset inofficiosa, hoc est, in deterimentum legitimæ aliorum filiorum, potest ab illis per querelam inofficiosæ rescindi. Resp. quartò. Mater non potest donare filijs in patriâ potestate constitutis principaliter intuitu patris; & hoc modo est intelligenda *lex. 3. §. 4. ff. de don. inter vir. & ux.* Ratio est, quia in effectu donaret

naret marito, qui fieret dominus rei, ut diximus agentes de pecul: fil.

12. Quæritur V. De Religiosis? Verùm circa hos consulenda est Bulla Clementis VIII. *incip. Religiosi. de largit. Muner. cum declaratione Vrbani VIII.* quæ tamen Bulla in pluribus locis non est recepta, & graves DD. sentiunt, exceptis pœnis ibi statutis, non esse conditum novum jus, sed jus commune declaratum.

§. V.

De Quantitate Donationis insinuationem exigentis.

SVMMARIVM.

1. *Cur introducta insinuationis solennitas.*
2. 3. 4. *Excessus potest retineri, donec revocetur.*
5. *Respectu donatariorum distinctorum potest excedi.*
6. *Insinuatio quibus casibus non requiratur.*

7. *An valeat donatio omnium bonorum.*
8. *An sit contra bonos mores, reddere se intestabilem.*

1. Cum donationes profusæ possent esse Reipublicæ damnosæ non solùm, quando metu, aut fraude fierent, sed etiam quando imprudenter, sícq; cives in paupertatem inciderent, contra utilitatem Reipublicæ, cuius interest habere cives locupletes: ut huic periculo obviaretur, lege penult. *C. de donat.* cautum est, ut donatio excedens 500. solidos haud valeret quoad excessum, nisi facta fuisset donationis insinuatio apud Iudicem, & Donatio à Notario in acta esset relata. Solidi autem, quantum auri continuerint, variant DD. plerique volunt septuaginta duos unam auri libram fecisse. *l. quotiescunq; 5. C. de susceptorib. præpositis & arcarÿs.* & 500. quasi septem libras, in Italia 713. scuta, vel, ut vult Palao, octingenta. Rectè autem

monet

monet Andreas Gail, quòd, cùm in diversis provincijs diversitas quoque sit aureorum, pro 27. solidis tot esse computandos aureos, quot faciunt unam libram. Cùm autem & libræ sint diversæ, deberent ostendere Iuristæ, quanta fuerit libra Romana, quam Imperatores pro solidorum mensura constituerunt.

2. Quæritur I. An, facta donatione ultra 500. solidos, neglecta insinuatione, possit donatarius etiam excessum retinere, quàmdiu non repetitur à donatore. P. Rebellus *p. 2. lib. 18. quæst. 8. num. 7.* existimat, non solùm posse retinere bona conscientia, verùm etiam nec donatorem, nec eius hæredes posse secura conscientia ad excessus revocationem agere. Fundamentum Rebelli est, quòd leges illæ annullantes donationem, quoad excessum fundentur in præsumptione metûs, vel fraudis, adeoque si donatarius & donator sciant,

nullam

nullam intervenisse fraudem, vel metum, donatio reipsâ non est nulla, & consequenter nec donatrius restituere tenetur, nec alter repetere potest. Cæterùm fundamentū hoc solidum non est: neque enim leges illæ vnicè in præsumptione fraudis, vel metûs fundantur; sed etiam cavere volunt, ne quis profusè se suis spoliet.

3. Asserimus ergo primò, Donatarium tamdiu retinere posse etiam excessum, donec à donatore repetatur. Ratio est, quia ex communi DD. interpretum opinione, ut videre est apud Palao *d. 2 p. 23. §. 4.* Donatio illa non censetur simpliciter & absolutè annullata, sed sub conditione: si donator revocaverit, prout ex IurisConsultis etiam sentit Clar. Dñ. Rath. *th. 32. par. 2. de Senatûs-Consulto Vell.* Et quidquid sit, inspectis Iuris apicibus, nostri DD. testantur, hodie moribus receptum esse, ut talis excessiva donatio tamdiu valeat, donec rescindatur.

4. Asserimus 2. Donatorem posse bonâ conscientia revocare, ac repetere excessum. Ratio est, quia leges hoc illi beneficium indulgent. Unde à fortiori deducitur, Conjuges & filiosfam. posse donationes à conjuge, vel patre factas, & à lege improbatas retinere, donec revocentur. Cùm enim Iura permittant, ut talis donatio morte confirmetur, signum est, eiusmodi donationes annullari solùm pro casu, quo donans revocaverit.

5. Quæritur II. An quis possit illam summam excedere, faciendo eodem tempore plures donationes? Resp. Affirmativè, modò donatarij sint moraliter distincti: quia leges hunc casum non comprehendunt.

6. Ab obligatione insinuationis faciendæ plures donationes excipiuntur. 1. Donatio mortis causâ. *l. fin. C. de donat. mor. ca.* 2. Facta pro redemptione captivorum, aut reparatione domûs ruinâ, vel incendio destructæ.

ſtructæ. *l. pen. C. de donat.* 3. Donatio Principum. *l ſancimus §. exceptis. C. eod.* 4. Donatio Magiſtri militum facta militi in mobilibus. *l. pen. C. eod.* 5. Donatio remuneratoria. *arg l. Aquilius. ff. eod.* & ſuprà diximus, hanc non venire nomine donationis in odioſis. 6. Ex communiore opinione tam Theologorũ, quàm Iuriſtarũ (quidquid contradicant Gomez, Sichardus, Bocerus, Schneid. & Hunnius q. 37.) quævis donatio ad cauſſas pias: quia leges Civiles circa cauſſas pias non ſunt à Pontificibus approbatæ, & quia finis legis ceſſat, cùm imprudens & temerarium non ſit, ſpoliare ſe ex pia cauſâ; & quia, ut notat Cardin. de Lugo, eleemoſynæ ſecundum Evangelium faciendæ ſunt in occulto. 7. Donatio dotis, aut ad nuptias. *Novell. 127. leg. ultim. C. de jure dot.* 8. Si juramento firmetur.

7. Quæritur III. An valeat donatio

tio omnium bonorum præsentium, & futurorum, tam corporaliũ, quàm incorporalium. Communissima sententia est non valere. Mirum tamen est, potuisse hanc sententiam adeò invalescere, quasi indubitanter esset in Iure decisa; cuius tamen solidum vestigium non exstat, & ratio levis est, ut moderni quidã Juris Consulti adverterunt. Nam imprimis Iura, quę afferuntur, hoc non dicunt, sed improbant stipulationem impedientem libertatem testandi; quæ stipulatio ex parte stipulantis dicitur esse contra bonos mores: est enim magna incivilitas & inurbanitas, obligare velle alium, ut ipse, & non alius hæres scribatur. ita loquitur lex *61, ff. de V. O. stipulatio*, inquit, *hoc modo concepta*: si hæredem me non feceris, tantum dare spondes? *inutilis est, quia contra bonos mores est hæc stipulatio:* item lex *ex eo, C. de inutil. stipul*, idem dicit.

8. Ratio

8. Ratio etiam, quæ afferri solet, ut dixi, levis est. Supponitur esse contra bonos mores, reddere se inhabilem ad testandum, quod fieret tali donatione. Sed negatur suppositum, & evertitur duplici instantia. Imprimis Religiosus reddit se inhabilem ad testandum, sicut & qui se permittit arrogari, quàmdiu non emancipatur: neutrum est contra bonos mores. Deinde, si talis donatio juramento firmaretur, valeret, ut diximus disp. de Contr. in gen. quidquid neget Palao jam ibi refutatus. Item valeret, si fieret ad caussas pias. Fateamur ergo, hanc communem sententiam, cuius utilitas exigua est, ob paucitatem sic donantium, solâ authoritate Doctorum sustineri: à qua tamen recedunt Corasius, Andr. Gail, Ant. Fab. Giph. & Hunnius. q. 29.

§. VI.

§. VI.

De donationis revocatione inter vivos.

SUMMARIUM.

1. *Prima Caussa revocandi est ingratitudo.*
2. *Quando jus hinc quæsitum transeat ad hæredes.*

3.4. *Posse huic juri renuntiari juramento probabilius est.*

5. *A quonam possit relaxari.*
6. *An etiam fructus revocentur.*
7. *Mater à filijs ingratis quî poßit revocare.*
8. *Secunda caussa revocandi, proles insperata.*
9. *Quid si donatio facta sit Ecclesiæ.*
10. *Mortuis filijs an reconvalescat donatio.*
11. *Tertia caussa revocandi, Inofficiositas.*
12. *Quousque hinc revocari poßit.*
13. *An querela inofficiosi testamenti, & donationis omnino sint exæquatæ.*

1. DOnatio completa & perfecta per se quidem irrevocabilis est. Iura tamen triplicem exceptionem posuerunt, & caussam, ex qua potest donatio non quidem semper privata authoritate, sed saltem Iudicis decreto revocari.

Prima caussa est Ingratitudo donatarij, non quæcunque, sed legibus expressa. *l. fin. C. de revocat. donat. c. finali de donat.* Huiusmodi est. 1. Si donatorem atroci injuria seu verbali seu reali affecerit: quot modis autem fiat atrox injuria, habetur *§. atrox. Institut. de injurijs.* 2. Si manus impias intulerit donatori. 3. Si notabile detrimentum in bonis fortunæ illi fecerit. 4. Si vitæ periculum caussaverit, etiamsi mors non sequatur. 5. Si nolit implere gravamina imposita in donatione sub modo.

2. Quæ-

2. Quæritur I. An Ius revocandi transeat ad hæredes? Distinguimus. Si donator ingratitudinem scivit, & tacuit, non transit. *l. 1. 7. 9. & fin. C. de revocat. don*: si verò non scivit, vel morte præventus revocare non potuit, cùm vellet, vel ingratitudo primùm post mortem est commissa, jus revocandi transit ad hæredes. *arg. c. fin. de donat.*

3. Quæritur II. An huic juri revocandi possit Donator validè renuntiare, saltem adiecto juramento non revocandi. Negant post Tiraquellum & alios Wadingus, Cast: Palao, & Hunnius. Fundamentum est: quia talis non revocatio promissa dat ansam peccandi liberiùs.

4. Affirmativam nihilominus tenemus, conformiter illis, quæ de Iuramento confirmatorio contractu diximus disp. de Contr. in gen. eámque

que ex RR. Iuris-Consultis tenet *Anton. Perez in tit. C. de revoc. donat. & de testamentis juramento firmatis*: tenet *Clarissimus Dominus Rath. in thes. quib. modis test. infir. thes. 73.* Ratio est: quia aliud est, juramentum esse illicitum, aliud: esse illicitum illud, quod juratur, in nostro casu, esto, juramentum sit illicitum, quia præbet ansam peccandi, obiectum tamen promissum specificativè sumptum sc: *non revocare* licitum est: ergo juramentum servandum est, non minùs atque servandum est juramentum factum vxori adulteræ de non petendo divortio, *c. quemadmodum. §. illud. de jurejurando.* & hinc responsum est ad fundamentum oppositæ sententiæ.

5. Illud hîc optimè advertunt Mol. *disp. 281.* & Layman. *c. 12. n. 17.* tale juramentum ad instantiam donatoris esse relaxandum, non solùm à po-

à potestate Ecclesiasticâ, sed etiam à sæculari: nam licet hæc non possit directè quidquam disponere circa juramentum, potest tamen supplere voluntatem sui subditi, & obligationem juramenti remittere.

6. Quæritur III. An factâ revocatione per Iudicis sententiam etiam fructus, & quinam revocentur. Resp. Revocari illos, qui post sententiam sunt percepti: Immò ex communi sententiâ omnes fructus percepti post litem contestatam, *arg. l. certum, C. de rei vin.* Quamvis Castro Palao putet, de rigore juris secus dicendum esse, quia donatarius usque ad sententiam est dominus rei donatæ. Verùm hæc ratio exigui est momenti; nam etiam bonæ fidei possessor fit dominus fructuum, & tamen exstantes debet restituere etiam ante litem contestam perceptos.

7. Si Mater donavit filijs ingratis revocare potest donationem obser-

vatis limitationibus, quæ habentur, *l. His solis. & in auth. adjunctâ. C. de revocand. Donat.*

8. Secunda caussa revocandi Donationem est, si præter spem postea filij nascantur, & donatio facta sit extraneo. Ita colligunt DD. jam communiter (contra Anton. Faber, Connanum, Hottoman. Corasium, Donellum, Giphan. Hilligerum) ex *l. si unquam C. de revocandis donation.* Nam licèt ibi sermo esset de Patrono respectu liberti, meritò tamen illius legis dispositio ad alios etiam extenditur, quia lex illa non statuit novum Ius, sed declarat Ius naturæ, & fundatur in præsumptione, quòd donator donationem non nisi eòusque valere tacitè voluerit: adeoque possit supervenientibus filijs donationem revocare per rei vindicationem, quia ponitur ille casus, pro quo ex intentione donantis donatio non habet effectum.

Factâ itaque repetitione tenebitur donatarius in conscientiâ restituere ante omnem aliam sententiam, nisi donator beneficio legis citatæ renuntiâsset, vel ut meliùs dicamus, nisi expressisset, se suam intentionem tali casui non alligare, tunc enim non nisi eòusque revocare posset, inquantum talis donatio est inofficiosa.

9. Quæritur I. An donator possit etiam totam donationem revocare, si donatio facta sit Ecclesiæ, & deinde præter spem liberi nascantur. Communior est sententia, non posse totam revocare, nec locum habere illam præsumptionem restrictæ intentionis. Quia donatio facta Ecclesiæ, est quasi remuneratoria facta Deo. Verùm huic sententiæ refragari videtur S. Augustinus *c. finali 17. quæst. 4.* ubi laudat Episcopum Carthaginensem, quòd cuidam

dam, qui cùm liberos non haberet, omnia sua donaverat Ecclesiæ, retento sibi usufructu, deinde natis illi liberis, reddiderit ei Episcopus: & addit: *In potestate habuerat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Ad hoc tamen pro communi sententia responderi posset, Episcopum illum, probabiliùs in illis circumstantijs judicasse, donatoris intentionem ad talem casum se non extendisse. Communis ergo sententia intelligenda est *communiter, & per se loquendo.*

10. Quæritur II. An, si propter supervenientes filios revocata erat donatio, & postea liberi moriantur, reviviscat seu reconvalescat donatio? Affirmant Iulius Clar. Ant. Gomez. Negant communiter cæteri. Nobis videtur, hoc pendere ex intentione donatoris: quæ, si non fuit præcisè alligata futuræ nativitati liberorum, sed

ſed etiam eorum vitæ uſque ad ſucceſſionem hæreditariam, tunc ſanè convaleſcet: ſecùs non convaleſcet. Qualis autem ſit præſumenda fuiſſe illa intentio, non eſt facilè divinare. Sanè ſi revocatio jam facta eſt, videtur ſola nativitas fuiſſe excepta, adeoque non convaleſcere: ſi verò non fuit revocata, natis jam liberis, cùm commodè poſſet, videtur contraria intentio colligi.

11. Tertia cauſſa revocandi donationem eſt, quando donatio fuit filijs inofficioſa, hoc eſt, contra officium patris, qui debet filijs proſpicere, & non fraudare per immodicas donationes portione bonorum, quæ ex juris diſpoſitione eis convenit, & legitima vocatur. Si ergo donatio tanta fuerit, ut non remaneret legitima filijs debita, poteſt donatio à filijs revocari ſaltem uſq; ad legitimæ ſummam: ita *toto tit. C. de inoff. don.*

 12. Quæ-

12. Quæstio tamen est, an possit solùm usque ad legitimam revocari, vel etiam in solidum, & quoad totum. Hoc posterius affirmat Anton. Faber, Treutl: & Hunnius in *Treut. d. 20. thes. 7. q. 52.* Contrarium tenent unanimi consensu cæteri, & textus sunt adeò clari, ut cum ingenti violentia *Fabro* dignâ torqueantur, ut bene demonstrat Bacchovius *in Treut. vol 2. d. 19. thes. 7. litt. l.* Nam *l. 5. C. de inoff. don.* dicitur, ex immensa donatione detrahi, quod necessum est relinqui liberis non ingratis &c. & *l. 7.* dicitur revocari, quod immoderatè gestum est. Quorum verborum sensus est, eatenus, quat: immoderatè gestum est, revocari.

13. Fundamentum Fabri & Hunnij præcipuum est ex *l. fin. C. de inoff. don.* ubi querela inofficiosi testamenti & inofficiosæ donationis in omnibus exæquatæ dicuntur. Verùm

rùm legis verba hæc ſunt. *Non convenit dubitari, quòd immodicarum donationum omnibus (id eſt pro omnibus) querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus fuerit introducta: ut ſit in hoc actionis utriuſque vel una cauſſa, vel ſimilis exiſtimanda, vel idem & temporibus & moribus.* Eſt ergo ad ſimilitudinem introducta in hoc, quòd utraque quinquennio finiatur, & utraque exceptione ingratitudinis commiſſæ excludatur. Et ſanè non eſſe per omnia exæquatas ipſi adverſarij fateri debent; nam querela *inofficioſi* non habet locum, quando filius ex teſtamento partem legitimæ eſt conſecutus, ſed datur actio ad ſupplementum: atqui querela inofficioſæ donationis nihilominus locum haberet. Diſparitas ergo admittenda eſt, & maximè duplex: prima, quod per exhæredationem liberi gravi injuriâ afficiantur: ſecunda quòd querela inofficioſi

teſta-

testamenti sub prætextu, seu colore furoris paterni, seu, quasi mentis inops tunc fuisset, instituatur: neutra ratio procedit in donatione immoratio procedit in donatione immodicâ: ergo meritò propter has statutum est, ut totum testamentum per querelam rescindatur, non item tota donatio. Plura argumenta Fabri, & Hunnij soluta videri possunt apud Bacchovium. Et hæc de Donatione.

PARS